



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI  
SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI  
GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO ED ECONOMIA DELL'IMPRESA – DISCIPLINE INTERNE ED  
INTERNAZIONALI

CICLO XXVIII/ANNO 2013

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO  
**TUTELA COSTITUTIVA E TUTELA RISARCITORIA A SEI ANNI  
DALL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO**

**S.S.D. IUS/10 – DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Coordinatore:

Prof. Lorenzo Picotti

Tutor:

Prof. Giovanni Antonio Sala

Dottorando:

Dott. Alessandro Emanuele Lenoci

*Ai miei genitori*

## INDICE

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| <b>INTRODUZIONE.....</b> | <b>6</b> |
|--------------------------|----------|

### **Capitolo primo – I RAPPORTI TRA LA TUTELA COSTITUTIVA E LA TUTELA RISARCITORIA PRIMA DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. IL NODO DELLA “PREGIUDIZIALITÀ AMMINISTRATIVA”**

|   |    |
|---|----|
| 1. Premessa. Alle origini della questione della “pregiudiziale amministrativa”.....   | 9  |
| 1.1. Dall’irrisarcibilità degli interessi legittimi alla c.d. teoria della degradazione.....  | 10 |
| 1.2. La sentenza n. 500/1999 e le riforme degli anni 1998-2000.....   | 16 |
| 2. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Due tesi a confronto.....   | 22 |
| 2.1. L’orientamento favorevole alla pregiudizialità amministrativa.....   | 22 |
| 2.2. La tesi delle Sezioni Unite della Cassazione a favore dell’autonomia.....  | 27 |
| 2.3. L’Adunanza Plenaria n. 12/2007 dà nuovo fiato alla pregiudizialità amministrativa.....   | 34 |
| 2.4. La risposta delle Sezioni Unite nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254.....   | 38 |
| 3. L’ultima frontiera della giurisprudenza amministrativa: dalla “pregiudizialità processuale” alla “pregiudizialità sostanziale”. Il richiamo all’art. 1227, comma 2, c.c..... | 41 |

### **Capitolo secondo – LA “PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA” NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. L’ART. 30 E L’ONERE DI DILIGENZA DEL DANNEGGIATO**

|   |    |
|---|----|
| 1. Premessa. Il Codice del processo amministrativo: dalla legge delega ai cc. dd. decreti correttivi..... | 47 |
| 2. Profili di diritto comparato.....  | 59 |
| 3. L’art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: vera autonomia o pregiudizialità mascherata?.....          | 72 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. Il termine di decadenza di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. Osservazioni critiche.....                           | 82  |
| 4.1. Prescrizione e decadenza: le ragioni di una disciplina differenziata .....                                     | 84  |
| 4.2. Dubbi di legittimità costituzionale.....   | 87  |
| 5. L'onere di ordinaria diligenza del danneggiato nell'esercizio degli strumenti di tutela previsti.....            | 102 |
| 5.1. L'onere di diligenza del creditore nell'art. 1227, comma 2, c.c.....   | 103 |
| 5.2. L'onere di diligenza del danneggiato nell'art. 30, comma 3, c.p.a.....   | 109 |
| 6. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3.....                               | 115 |
| 7. La giurisprudenza successiva conferma (quasi) all'unanimità le conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011..... | 133 |

### **Capitolo terzo – L'ART. 30 C.P.A. E LA TESI DELLA RILEVANZA “SOSTANZIALE”, MA “CONDIZIONATA”, DELL'OMESSA PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA DI ANNULLAMENTO**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Premessa. Due possibili letture dell'art. 30, comma 3, c.p.a.....  | 146 |
| 2. La tesi della perdurante autonomia tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria.....   | 148 |
| 2.1. La <i>pars destruens</i> : nel novero dei comportamenti esigibili dal danneggiato non rientra l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi..... | 149 |
| 2.2. La <i>pars costruens</i> : l'art. 30, comma 3, c.p.a. si riferisce unicamente al mancato esercizio degli strumenti di tutela stragiudiziali.....   | 160 |
| 3. Segue: considerazioni critiche.....  | 164 |
| 4. La tesi della “rilevanza sostanziale, ma condizionata”, dell'omesso esercizio della domanda di annullamento.....                                     | 169 |
| 5. Segue: il triplice accertamento del giudice amministrativo.....  | 175 |
| 5.1. L'inquadramento della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo nel comportamento complessivo del danneggiato.....                     | 175 |

|  |            |
|--|------------|
| 5.2. L'accertamento, in concreto, del nesso di causalità tra l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti e l'aggravamento del danno..... | 178        |
| 5.3. Il dolo o la colpa del danneggiato.....   | 192        |
| 6. Considerazioni conclusive.....  | 200        |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>203</b> |

## INTRODUZIONE

Tra i temi più controversi e dibattuti del nostro sistema giuridico, particolare interesse riveste la questione dei rapporti tra la domanda di annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi e l'azione di condanna al risarcimento dei danni dagli stessi prodotti.

Si tratta dell'annoso problema della c.d. pregiudizialità amministrativa, che tanto ha occupato la dottrina e la giurisprudenza degli ultimi anni e che è ancora oggi all'attenzione degli operatori del diritto.

Per “pregiudizialità amministrativa” si intende, in particolare, quel peculiare meccanismo processuale, di creazione pretoria, secondo cui il danneggiato da un atto amministrativo illegittimo, per conseguire il risarcimento del danno da esso derivante, debba preventivamente impugnare il provvedimento lesivo ed ottenere il suo annullamento giurisdizionale.

È una tema estremamente delicato ed importante in quanto, al di là delle singole questioni di carattere processuale e sostanziale da esso derivanti, coinvolge, come si vedrà, l'intero sistema di diritto amministrativo, mettendone, in ultima analisi, in discussione i suoi stessi fondamenti.

Orbene, fino al 2010 non vi era una disciplina positiva che regolasse espressamente i rapporti tra l'azione risarcitoria e quella impugnatoria nel processo amministrativo. Si può, allora, bene immaginare quanto sia stato intenso e, talvolta, aspro il dibattito sviluppatosi in materia: un confronto che ha visto sostanzialmente contrapporsi due orientamenti giurisprudenziali, che negli ultimi anni è sfociato in un vero e proprio scontro senza precedenti nella storia del diritto italiano.

In particolare – se ci si limita ad una mera schematizzazione delle tesi sostenute in merito –, si può certamente affermare che la giurisprudenza del giudice ordinario, espressa a più riprese dalla Corte di Cassazione, è stata da sempre favorevole all'autonomia della domanda risarcitoria rispetto a quella di annullamento, in quanto la libertà di scelta, che detta regola comporta per il privato, è sembrata essere più rispondente all'esigenza di garantire l'effettività della tutela del cittadino danneggiato.

Al contrario, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e del giudice amministrativo, in generale, ha propugnato la tesi della pregiudizialità amministrativa, ritenendo l'annullamento dell'atto lesivo, passaggio essenziale del giudizio risarcitorio, al fine di tutelare, anche in sede processuale, l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione danneggiante.

La descritta *querelle* interpretativa non può, nondimeno, ritenersi superata per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo, il quale, nonostante proponga una soluzione di compromesso<sup>1</sup>, non sembra superare definitivamente il problema.

La lettera della legge, volutamente generica sul punto<sup>2</sup>, sembra, invero, denotare l'intenzione del legislatore di non voler prendere una posizione precisa sul tema della "pregiudiziale", così da lasciare spazio al lavoro degli interpreti, i quali – come era fin troppo prevedibile – forniscono al quesito in esame le più disparate soluzioni.

Il presente studio si inserisce, dunque, nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale più recente, cercando di fornire una possibile "via di uscita" all'*impasse* che il legislatore, *in primis*, e gli operatori del diritto, *in secundis*, sembrano aver nuovamente creato sul tema dei rapporti tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria nel processo amministrativo.

Dopo aver espletato una rapida panoramica delle tesi, a favore e contro la "pregiudiziale", sostenute in dottrina ed in giurisprudenza prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, il lavoro si occuperà, dunque, di analizzare il dato normativo dell'art. 30 c.p.a., espressamente dedicato all'azione di condanna. Detta analisi si concentrerà, in particolare, sulla seconda parte del terzo comma dell'art. 30, il quale disciplina più specificamente i rapporti tra la domanda di condanna al risarcimento del danno e l'azione di annullamento.

---

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 575; nonché POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 126; CARBONE, PIGNIATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 176; CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>2</sup> Della stessa idea è CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Di formula "ambigua" parla GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il legislatore non è "riuscito ad esprimere un orientamento chiaro ed univoco", lasciando così all'interprete la soluzione dei problemi.

Al fine di comprendere l'ambito applicativo della norma e, dunque, la sua reale portata innovativa, occorrerà, inoltre, aprire una breve "parentesi civilistica" e studiare l'art. 1227 c.c., il cui dettato normativo è ricalcato dallo stesso art. 30 c.p.a. A tal uopo, di estrema importanza si rivelerà l'approfondimento della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3, la quale cerca di sciogliere il nodo della pregiudizialità amministrativa facendo leva proprio sul combinato disposto degli artt. 30, comma 3 c.p.a. e 1227, comma 2, c.c.

La trattazione si chiuderà, quindi, con l'avanzamento di una possibile soluzione interpretativa da seguire, onde risolvere (si spera definitivamente) il problema in esame.

Giova sin da subito chiarire che la conclusione esegetica cui si perverrà in esito al presente studio non vorrà essere una presa di posizione personale, a favore o contro, la scelta adottata dal legislatore in tema di rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria nel processo amministrativo.

Occorrerà, invece, essere il più oggettivi possibile e, quindi, aderenti alla lettera della legge, al suo spirito e, non ultimo, all'interpretazione che la prevalente giurisprudenza – assecondando l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2011 – sembra avanzare in materia. Solo così operando, invero, si fornirà al tema in oggetto una soluzione "laica" e non pregiudizialmente schierata a favore dell'una o dell'altra tesi e sarà, altresì, agevole comprendere come le ragioni di scontro sottese ai diversi orientamenti siano, in definitiva, più apparenti che reali.



## Capitolo primo

### **I RAPPORTI TRA LA TUTELA COSTITUTIVA E LA TUTELA RISARCITORIA PRIMA DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. IL NODO DELLA “PREGIUDIZIALITÀ AMMINISTRATIVA”**

**SOMMARIO:** *1. Premessa. Alle origini della questione della “pregiudiziale amministrativa” – 1.1. Dall’irrisarcibilità degli interessi legittimi alla c.d. teoria della degradazione – 1.2. La sentenza n. 500/1999 e le riforme degli anni 1998-2000 – 2. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Due tesi a confronto – 2.1. L’orientamento favorevole alla pregiudizialità amministrativa – 2.2. La tesi delle Sezioni Unite della Cassazione a favore dell’autonomia – 2.3. L’Adunanza Plenaria n. 12/2007 dà nuovo fiato alla pregiudizialità amministrativa – 2.4. La risposta delle Sezioni Unite nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254 – 3. L’ultima frontiera della giurisprudenza amministrativa: dalla “pregiudizialità processuale” alla “pregiudizialità sostanziale”. Il richiamo all’art. 1227, comma 2, c.c.*

#### **1. Premessa. Alle origini della questione della “pregiudiziale amministrativa”**

La questione della pregiudizialità amministrativa è stata, nel corso del tempo, diversamente affrontata e risolta dagli operatori del mondo del diritto.

In una prima fase, in particolare, tale regola processuale era pacificamente ammessa in giurisprudenza, onde consentire al privato che avesse subito un pregiudizio da un provvedimento amministrativo illegittimo, di ottenere, entro determinati limiti, il risarcimento del danno.

A seguito della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500<sup>1</sup> e del conseguente intervento della legge 21 luglio 2000, n. 205, la questione si è invece a dir poco complicata, assumendo i connotati di un vero e proprio problema interpretativo, motivo di scontro tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

---

<sup>1</sup> La sentenza 22 luglio 1999, n. 500 è pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, 2487 ss., con osservazioni di PALMIERI, PARDOLESI; *ivi*, 3201 ss., con note di CARANTA, *La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità*; FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all’affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; SCODITTI, *L’interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*. Si veda, inoltre, la nota di TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832 ss.

Alla luce di quanto premesso, conviene, allora, scindere la presente analisi in due momenti storici distinti, *pre* e *post* sentenza n. 500/1999, cercando di cogliere il differente approccio che la dottrina e la giurisprudenza hanno mostrato nei confronti del tema oggetto d'esame.

### *1.1. Dall'irrisarcibilità degli interessi legittimi alla c.d. teoria della degradazione*

Se si volesse rintracciare l'antecedente storico-dogmatico della regola della "pregiudizialità amministrativa", esso andrebbe individuato nell'antico dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>2</sup> e nella conseguente affermazione della c.d. teoria della degradazione.

Prima della svolta interpretativa inaugurata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 500/1999, l'orientamento prevalente della giurisprudenza<sup>3</sup> era contrario, in modo "granitico"<sup>4</sup>, al riconoscimento della tutela risarcitoria in favore dell'interesse legittimo.

Alla base della tesi, vi erano ragioni sia di carattere sostanziale che di tipo processuale.

Le prime trovavano la loro ragion d'essere nella definizione tradizionale di interesse legittimo, nonché nella nozione di "danno ingiusto", di cui all'art. 2043 c.c., come costantemente interpretato dalla giurisprudenza della Cassazione.

Come è noto, fino ad un recente passato, la prevalente dottrina non riconosceva all'interesse legittimo dignità di posizione giuridica soggettiva di tipo sostanziale, alla stessa stregua del diritto soggettivo, in quanto si riteneva che il primo, a differenza del secondo, non godesse di tutela piena ed immediata<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul tema si segnalano, tra molti, gli importanti contributi di FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, 253 ss.; ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 35 ss.; DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione "sistemica"*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 504 ss.; FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.

<sup>3</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Giur. it.*, 1995, I, 250 ss.; Cass. Civ., Sez. Un., 26 aprile 1994, n. 3963, in *Foro it.*, 1994, 2712 ss.; Cass. Civ., Sez. Un., 2 giugno 1997, n. 4903 ss., in *Corr. giur.*, 1997, 757 ss.

<sup>4</sup> Così Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

<sup>5</sup> Per una maggiore puntualizzazione degli orientamenti dottrinali in questione, si rimanda alle note nn. 6, 7 e 8. Sul piano giurisprudenziale, si può richiamare, tra le altre, Cass. Civ., Sez. Un., 9 luglio 1991, n. 7550, in *www.dejure.giuffre.it*, in cui si legge che l'interesse legittimo non

L'interesse legittimo, invero, per sua stessa natura, si confronta sempre con l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione, poiché la soddisfazione del vantaggio allo stesso sotteso è condizionato dall'esercizio del potere amministrativo.

Alla luce di questa considerazione, la maggior parte degli interpreti, pertanto, attribuiva all'interesse legittimo una natura meramente strumentale, ovvero processuale, definendolo, ora come interesse solo occasionalmente protetto<sup>6</sup>, ora come semplice interesse alla legittimità dell'azione amministrativa<sup>7</sup>, ovvero, ancora, come puro interesse a ricorrere<sup>8</sup>.

Da queste premesse ideologiche conseguiva, di necessità, la considerazione secondo cui sarebbe stata inammissibile la tutela risarcitoria di una posizione giuridica soggettiva che, non godendo di natura sostanziale, non sarebbe stato in grado, *in re ipsa*, di subire alcun pregiudizio risarcibile<sup>9</sup>.

È indubbio, infatti, che, se la realizzazione dell'interesse perseguito dal privato dipende dall'esercizio di un potere attribuito dalla legge ad un altro soggetto dell'ordinamento, non vi è certezza circa la sua effettiva soddisfazione. In altri termini, il titolare dell'interesse legittimo non è in grado, da sé solo, di

---

attribuisce al suo titolare “una tutela piena e diretta, bensì la sola legittimazione a provocare l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo”.

<sup>6</sup> Tra i primi sostenitori della tesi in esame, si ricorda ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 187, secondo il quale l'interesse legittimo era “un interesse individuale strettamente connesso con un interesse pubblico e protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo”.

<sup>7</sup> Secondo questa tesi, l'interesse legittimo consisteva nella pretesa del titolare alla legittimità dell'atto amministrativo ed, in generale, al corretto esercizio del potere amministrativo. V. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 23 ss.

<sup>8</sup> V., in particolare, GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 61, per il quale l'interesse legittimo consisteva in “un interesse meramente processuale, in cui il ricorrente trova non già titolo da far valere col ricorso, ma semplicemente la legittimazione per proporlo”; *Id*, *Interesse personale, diretto ed attuale*, in *Giur. it.*, IV, 1961, 1 ss., in cui si ribadiva che “sul piano concreto, i due interessi tendono irresistibilmente a confondersi”.

<sup>9</sup> Questa conclusione non era condivisa da parte della dottrina, come RICCIO, *Il G.A. limita l'applicazione della reintegrazione in forma specifica*, in *Urb. app.*, n. 12/2001, 354, secondo cui “le ragioni a fondamento di tale indirizzo restrittivo non siano state tanto di ordine teorico (come si potrebbe immaginare ripensando al principio che configura l'interesse legittimo come meramente processuale e tutelato in via indiretta ed occasionale) quanto piuttosto di ordine più modestamente pratico: ammettere infatti la risarcibilità dell'interesse legittimo avrebbe significato ritenere la p. a. responsabile alla stregua di qualsiasi soggetto privato, con evidenti e palesi conseguenze sulla contabilità e sulle spese dello Stato”. Alle medesime conclusioni giungeva PUGLIATTI, *Sulla responsabilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ.*, II, 1968, 118, il quale, a proposito della mancata applicazione dell'art. 2043 c.c. nei confronti della p. A., sosteneva che ciò derivava da un “presupposto privilegio della pubblica amministrazione”.

realizzare il vantaggio dallo stesso perseguito, in quanto il suo raggiungimento deriva da un fattore esterno, non controllabile *a priori* dal privato, consistente nell'esercizio della funzione amministrativa da parte dell'ente pubblico.

Se questo è vero, non era allora immaginabile che il destinatario di un provvedimento illegittimo potesse subire una lesione diretta della sua posizione, in quanto il danno, per essere considerato risarcibile, postula per definizione la sicura realizzazione dell'interesse perseguito dal danneggiato<sup>10</sup>.

Di conseguenza, si riteneva che l'unica forma di tutela da riconoscere all'interesse legittimo fosse l'annullamento dell'atto lesivo<sup>11</sup>.

Il secondo argomento di matrice sostanziale addotto a supporto della tesi dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi derivava, come si è anticipato, dall'interpretazione, all'epoca dominante in giurisprudenza, del requisito dell'"ingiustizia del danno", di cui all'art. 2043 c.c.

Affinché un danno possa essere considerato risarcibile in sede aquiliana, è necessario, infatti, che lo stesso sia qualificabile come "ingiusto", ovvero che il danneggiante produca una lesione che sia, al contempo, *non iure*, cioè non sorretta da alcuna causa di giustificazione, e *contra ius*, perché offensiva di una posizione giuridica di vantaggio del danneggiato.

---

<sup>10</sup> V. PROTTO, *È crollato il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo cui "l'incertezza in ordine alla soddisfazione dell'interesse materiale soggetto al potere dell'amministrazione di disciplinare concretamente il quadro di interessi preso in considerazione dalla norma e l'idoneità della tutela offerta dal giudice amministrativo ad assicurare l'effettiva realizzazione di tale interesse, conduce inevitabilmente il discorso a chiudersi nel giudizio sull'illecito e sull'ingiustizia del danno, affermandosi che il sacrificio dell'interesse materiale per essere "ingiusto" e, quindi, risarcibile avrebbe dovuto ricevere soddisfazione, mentre se non è dato sapere se l'interesse materiale doveva ottenere soddisfazione, la lesione non è *contra ius* (*rectius*: non vi è lesione) e non ne può scaturire un'azione diretta a ristabilire l'equilibrio patrimoniale". Ad una conclusione più estrema giungeva SATTA, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, LXI, 1968, 329, secondo cui "la pubblica amministrazione, nello svolgimento della sua funzione, esercita un potere istituzionalmente legittimo. L'esercizio di questo potere è regolato dalla legge che assicura il raggiungimento dei pubblici fini [...]. La p.a. può non rispettare la legge nel suo agire, dare quindi vita ad atti che si qualificano appunto illegittimi. Ma, questo è il punto, l'illegittimità dell'atto non è mai illegittimità del potere, che è sempre legittimo, onde la contraddizione assoluta tra l'esercizio di un potere legittimo e il risarcimento del danno. Sotto questo profilo, il risarcimento di cui si discute è non solo inammissibile in diritto, ma ingiusto, perché è ingiusto che lo svolgimento di una pubblica funzione e l'esercizio di un pubblico potere [...] possa dar luogo a danni risarcibili".

<sup>11</sup> Cfr. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, 187, il quale, a tal proposito, parlava di "tutela dimezzata" del titolare dell'interesse legittimo.

Orbene, la giurisprudenza tradizionale<sup>12</sup>, concentrando la sua attenzione su questo secondo profilo dell'“ingiustizia del danno”, affermava che l'interesse legittimo non potesse godere della tutela risarcitoria, in quanto si riteneva che l'unica posizione risarcibile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., fosse il diritto soggettivo<sup>13</sup>.

Tuttavia, era sul versante più squisitamente processuale, dei criteri di riparto di giurisdizione e delle tecniche di tutela sperimentabili in giudizio dal privato, che si poneva la questione dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>14</sup>.

Invero, prima dell'intervento del legislatore degli anni 1998-2000, il giudice amministrativo, deputato *ex lege* a conoscere degli interessi legittimi, non aveva il potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno. Sicché, l'unica forma di tutela azionabile dal privato, a fronte di un provvedimento illegittimo, era il solo rimedio impugnatorio.

Al contrario, il giudice ordinario, sebbene fosse dotato del potere risarcitorio, non era legittimato, come non lo è oggi, ad occuparsi delle posizioni di interesse legittimo, in quanto, come si sa, il sistema di riparto di giurisdizione delineato dalla nostra Carta Costituzionale prevede che detto organo giurisdizionale si preoccupi della sola tutela dei diritti soggettivi.

Tuttavia, ad onta del descritto quadro normativo ed interpretativo, per vero poco soddisfacente per le ragioni del privato, la giurisprudenza non era rimasta inerte, ma – anticipando le scelte del legislatore – aveva intrapreso nuove strade esegetiche, con l'obiettivo di ampliare la tutela del privato nei confronti della pubblica Amministrazione.

---

<sup>12</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Un., 23 ottobre 1997, n. 10453, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 2 giugno 1992, n. 6667, in *Resp. civ.*, 1993, 576 ss.; Cass. Civ., Sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 367, in *Foro it.*, I, 1992, 1421 ss.

<sup>13</sup> Come fa notare SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 731 ss., l'art. 2043 c.c. era interpretata come “norma secondaria che, mediante l'obbligo del risarcimento del danno, sanzionerebbe la violazione di una norma primaria, posta a protezione di un diritto soggettivo assoluto”.

<sup>14</sup> Cfr. COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2005, 282, il quale ha rilevato l'uso strumentale che, in passato, veniva fatto dell'istituto della pregiudizialità amministrativa. Un uso dettato “più da ragioni attinenti all'antico e mai sopito spirito competitivo che anima le due giurisdizioni coinvolte nella tematica, che non dalla esigenza di assicurare un adeguato livello di tutela delle situazioni soggettive lese da illegittime manifestazioni della funzione amministrativa”. In favore dell'approccio processualistico al tema in esame era, altresì, FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, cit.

In questo senso si era affermata la c.d. teoria della degradazione<sup>15</sup>, secondo cui il cittadino che si fosse rapportato con la p. A. avrebbe goduto di una posizione, non già di interesse legittimo, bensì di diritto soggettivo c.d. suscettibile di affievolimento.

Si riteneva, cioè, che quando il soggetto pubblico avesse esercitato l'attività autoritativa, consacrata in un provvedimento amministrativo, la situazione di vantaggio del privato sarebbe degradata da diritto soggettivo pieno ad interesse legittimo.

È evidente che si trattava di un puro artificio dogmatico, per mezzo del quale si assegnava a quello che era un vero e proprio interesse legittimo (di tipo oppositivo) la consistenza del diritto soggettivo, sebbene dequalificato alla categoria, appositamente creata dalla giurisprudenza, del "diritto suscettibile di affievolimento".

Al di là dei dubbi che una siffatta ricostruzione teorica suscitava in gran parte degli interpreti<sup>16</sup>, va ad ogni modo riconosciuto che, per il tramite della teoria della degradazione, la Cassazione finalmente ammetteva al risarcimento anche gli interessi legittimi.

Grazie alla tramutazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo, era, infatti, fin troppo semplice affermarne, di conseguenza, la risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., innanzi all'organo di giurisdizione ordinaria.

Un precipitato applicativo del sistema di tutela così delineato è consistito, dunque, nell'affermarsi di una regola processuale che prese il nome di "pregiudizialità amministrativa".

---

<sup>15</sup> Tra le sentenze che hanno dato avvio alla teoria in esame, si segnala, in particolare, Cass. Civ., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5145, in *Giur. it.*, 1980, 1215 ss, secondo cui "una qualificazione in termini di interesse legittimo renderebbe inconfigurabile [...] un'azione davanti al giudice ordinario". Si vedano, inoltre, le più recenti pronunce di Cass. Civ., Sez. Un., 18 novembre 1992, n. 12316, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it); Cass. Civ., Sez. Un., 23 ottobre 1997, n. 10453, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it). A favore della tesi in esame, in dottrina, era SANDULLI, *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Foro amm.*, I, 1982, 1689.

<sup>16</sup> Cfr. SATTA *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, cit., 329, il quale definiva il sistema così delineato una "anomalia"; nonché SCOCA, *Interessi protetti (Dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 8. V., altresì, CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 344, secondo il quale la teoria della degradazione "è inaccettabile del tutto, ché il diritto a fronte dell'esercizio del potere amministrativo non degrada in alcunché: semplicemente non si pone come situazione soggettiva (a fronte dell'esercizio del potere l'interesse del soggetto presupposto del suo diritto, si pone *come interesse legittimo*)".

Si riteneva, cioè, che il destinatario dell'atto lesivo, qualora avesse voluto ottenere il risarcimento del danno innanzi al giudice a ciò predisposto, ovvero quello ordinario, avrebbe dovuto primariamente impugnare il provvedimento lesivo ed ottenerne l'annullamento da parte del giudice amministrativo.

La caducazione del provvedimento illegittimo avrebbe, infatti, determinato la "riespansione" del diritto del ricorrente e, di conseguenza, avrebbe aperto le porte del giudizio risarcitorio<sup>17</sup>.

Tuttavia, va precisato che quello appena tratteggiato era il quadro di tutela che la giurisprudenza apprestava unicamente in favore dell'interesse legittimo di tipo oppositivo<sup>18</sup>. A ben vedere, infatti, solo questa peculiare situazione soggettiva può essere facilmente assimilata ad un "diritto suscettibile di affievolimento", in quanto essa postula, per definizione, la presenza in capo al suo titolare di una posizione di vantaggio che lo stesso intende conservare nei confronti dell'Amministrazione, opponendosi, appunto, alle sue determinazioni.

Viceversa, per gli interessi legittimi di tipo pretensivo, l'accesso alla tutela risarcitoria era ancora negata o, meglio, era circoscritta a quelle particolari ipotesi in cui il privato, già destinatario di un provvedimento ampliativo, vedeva denegata la sua posizione di vantaggio, a causa di un atto di secondo grado (cui si contrapponeva un interesse oppositivo), il quale avesse annullato gli effetti del primo provvedimento.

Al cittadino era, quindi, consentito agire avverso quest'ultimo provvedimento, per ottenerne l'annullamento giurisdizionale e così giovare, ai fini risarcitori, della riespansione del diritto soggettivo già sorto col precedente

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 18 novembre 1992, n. 12316, cit., secondo cui "se nella competente sede venga successivamente accertato che l'atto di esercizio del potere era viziato da illegittimità, questo accertamento comporta che l'incisione nel diritto debba considerarsi come non mai avvenuta, rivestendo l'attività dell'amministrazione i caratteri dell'illecito con la conseguente ammissibilità della pretesa del titolare del diritto soggettivo al risarcimento nei confronti dell'amministrazione stessa per i danni provocati dalla illecita incisione". V., inoltre, Cass. Civ., Sez. Un., 23 ottobre 1997, n. 10453, cit.: "l'annullamento dal parte del giudice amministrativo dell'atto, che aveva determinato l'affievolimento del diritto soggettivo del privato, ne rimuove gli effetti e, rendendo configurabile una lesione del diritto soggettivo per fatto illegittimo della pubblica amministrazione, opera quale presupposto necessario dell'azione di risarcimento". Cfr., ancora, Cass. Sez. Un. 27 maggio 1994, n. 5210, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

<sup>18</sup> GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 1365.

atto ampliativo (al cui cospetto vi era, invece, una posizione di interesse pretensivo vero e proprio)<sup>19</sup>.

In disparte questi casi eccezionali, l'interesse legittimo pretensivo non godeva, dunque, di una diretta tutela risarcitoria. Tantomeno, il rimedio dell'annullamento poteva ritenersi davvero soddisfacente, in quanto, come si sa, a seguito di esso, la p. A. rimane comunque libera di adottare un nuovo provvedimento, magari conforme a legge, ma dal contenuto pur sempre negativo per il destinatario.

### *1.2. La sentenza n. 500/1999 e le riforme degli anni 1998-2000*

Gli ostacoli di tipo sostanziale al riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi sono poi venuti meno per effetto della nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999.

In quell'occasione, invero, la Suprema Corte affermava definitivamente che tra le posizioni giuridiche soggettive risarcibili, ai sensi dell'art. 2043 c.c., fosse compreso anche l'interesse legittimo.

Per giungere a tale conclusione, la Cassazione si avvaleva degli stessi dati dogmatico-normativi che l'orientamento fino ad allora prevalente adduceva contro la risarcibilità degli interessi legittimi, ovvero alle nozioni di "interesse legittimo" e di "danno ingiusto".

Quanto alla prima, la sentenza n. 500/1999, facendo propri i più recenti contributi dottrinali<sup>20</sup>, statuiva che l'interesse legittimo non avesse natura meramente processuale, ovvero strumentale, ma fosse, viceversa, da considerare

---

<sup>19</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 23 ottobre 1997, n. 10453, cit., in cui si legge che "una volta emanata dal giudice amministrativo una pronuncia definitiva di annullamento per illegittimità del provvedimento di revoca o di decadenza della concessione amministrativa, deve riconoscersi al concessionario l'azione davanti al giudice ordinario per conseguire il ristoro dei danni derivanti da quell'atto illegittimo, a prescindere dalla ragione dell'illegittimità, atteso che la posizione del suddetto concessionario, avente natura di diritto soggettivo prima del provvedimento di revoca o di decadenza, riacquista questa consistenza per effetto del venir meno retroattivamente dell'affievolimento scaturito dal suddetto provvedimento, in conseguenza del suo annullamento".

<sup>20</sup> Ci si riferisce, tra gli altri, ai contributi di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 114 ss.; GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 114 ss.; STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 24 ss. Tra i primi sostenitori della concezione sostanziale di interesse legittimo, giova menzionare BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 16 ss.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 462 ss.



come una vera e propria posizione sostanziale, facente parte del patrimonio del privato che si fosse rapportato con la pubblica Amministrazione<sup>21</sup>.

Più nel dettaglio, la Suprema Corte definiva detta situazione giuridica come “la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene”<sup>22</sup>.

Da ciò, conseguiva la considerazione per cui, se era vero che l’interesse legittimo avesse natura sostanziale, la sua lesione ad opera di un provvedimento amministrativo sarebbe stata in grado di cagionare un danno nel patrimonio del privato.

Il secondo argomento addotto a sostegno della risarcibilità degli interessi legittimi, atteneva, invece, al significato dell’attributo “ingiusto”, che, ai sensi dell’art. 2043 c.c., deve connotare il danno subito dal privato.

Ponendosi nel solco della sua più recente giurisprudenza<sup>23</sup>, la Cassazione affermava che quella del “danno ingiusto” fosse una clausola generale avente il valore di “norma primaria”, deputata a fornire la tutela risarcitoria a qualunque

---

<sup>21</sup> È utile riportare le parole di Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., secondo cui “l’interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno”. In dottrina, fondamentale è stato il contributo offerto, in tal senso, da ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, n. 5/1984, 212, secondo cui l’interesse legittimo non sarebbe consistito nel semplice interesse alla legittimità dell’azione amministrativa, né, tantomeno, nell’interesse occasionalmente protetto, ma in un interesse ad un concreto e sostanziale bene della vita, “solo tutelato con un ambito meno pieno di poteri di disposizione” rispetto al diritto soggettivo.

<sup>22</sup> Evidente è il richiamo alla tesi del NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 96, il quale definiva l’interesse legittimo come “la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell’ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell’attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all’utilità”.

<sup>23</sup> V. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, cit., il quale ha fatto notare che la tesi adottata dalla pronuncia n. 500/1999, si poneva nella medesima prospettiva di altre precedenti decisioni della Cassazione “nelle quali si è ritenuta risarcibile la lesione dell’aspettativa economica, la perdita di *chance* e la lesione di un interesse legittimo privato consistente nella progressione di carriera, fino alla recente e discutibile «invenzione» del diritto all’integrità del patrimonio, con cui si sono risarcite perdite patrimoniali a prescindere dalla consistenza della protezione somministrata dall’ordinamento ai singoli beni/interessi dell’individuo”.

posizione giuridica ritenuta rilevante dall'ordinamento<sup>24</sup>. Più nel dettaglio, secondo la sentenza n. 500/1999, "ingiusto è il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo".

Di conseguenza, il requisito dell'ingiustizia del danno ed il connesso rimedio risarcitorio sono stati sganciati dalla lesione di un diritto soggettivo e si è affermato che qualunque posizione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento al danneggiato e, quindi, anche l'interesse legittimo, avrebbe goduto di tale tutela<sup>25</sup>.

Confutati, in questo modo, gli argomenti di tipo sostanziale storicamente addotti a supporto della teoria dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, priva di utilità pratica si manifestava, dunque, la stessa teoria della degradazione, la quale poteva ritenersi ormai superata.

Accanto ad essa veniva, inoltre, definitivamente abbandonata la distinzione, valevole ai fini risarcitori, tra interessi oppositivi ed interessi pretensivi, i quali, ritenuti entrambi dotati di natura sostanziale, potevano indistintamente godere del medesimo rimedio riparatorio previsto dall'art. 2043 c.c.

La portata innovativa della sentenza n. 500/1999 non ha però riguardato soltanto gli aspetti sostanziali della responsabilità extracontrattuale della p. A., ma ha coinvolto anche il profilo processuale dei rapporti tra la tutela di annullamento e la tutela risarcitoria.

---

<sup>24</sup> Più specificamente, secondo le Sezioni Unite, "la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante".

<sup>25</sup> Le Sezioni Unite, quindi, concludevano che dovessero ritenersi "superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c.". Questa affermazione è stata giudicata di "portata storica", tra gli altri, da OROFINO, *L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: da giurisprudenza "pietrificata" a dogma in via d'estinzione?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

In particolare, le Sezioni Unite, in *obiter dictum*, evidenziavano che, poiché l'interesse legittimo avrebbe goduto di una tutela diretta da parte dell'ordinamento, non sarebbe stato necessario che il privato avesse ottenuto l'annullamento dell'atto amministrativo, prima di conseguire il risarcimento del danno.

In questo modo veniva sonoramente smentita la giurisprudenza tradizionale, la quale, in omaggio alla teoria della degradazione, riteneva necessario l'annullamento dell'atto lesivo per ottenere la riespansione del diritto soggettivo affievolito e, quindi, per accedere al giudizio risarcitorio.

Alla base del ragionamento le Sezioni Unite ponevano la considerazione secondo cui l'illegittimità dell'azione amministrativa rappresentasse solo uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., che, in quanto tale, sarebbe stata agevolmente accertabile dal giudice ordinario<sup>26</sup>. Sicché, il soggetto danneggiato ben avrebbe potuto esperire la domanda risarcitoria anche autonomamente da quella di annullamento<sup>27</sup>.

In punto di giurisdizione, invece, la sentenza n. 500/1999 non ha apportato al dibattito novità di rilievo, in quanto, ponendosi in linea con la precedente giurisprudenza, confermava che la domanda risarcitoria nei confronti della p. A. fosse da incardinare innanzi al giudice ordinario.

Di particolare interesse è, tuttavia, l'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione per pervenire a tale conclusione.

---

<sup>26</sup> Giova in questa sede riportare il passaggio conclusivo di Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., nella parte in cui ha affermato che “rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo e, quindi, all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo”. In tema, si veda quanto sostenuto da CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 899, secondo i quali “tale passaggio della motivazione della sentenza n. 500/1999 è stato in parte dovuto anche alla necessità di evitare che il privato dovesse rivolgersi a due giudici prima di ottenere il risarcimento del danno”, ossia al giudice amministrativo, prima, e a quello ordinario, poi.

<sup>27</sup> Questa conclusione è stata salutata con favore da CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, I, 1999, 3210, per il quale era “del tutto condivisibile l'abbandono, da parte della Suprema Corte, della (pretesa) pregiudizialità tra giudizio amministrativo di annullamento e giudizio civile di responsabilità”, avendo, poi, cura di precisare che “ammessa la risarcibilità diventa inutile la favola secondo la quale il diritto soggettivo affievolito ad interesse legittimo da un provvedimento amministrativo si riespanderebbe a diritto a seguito dell'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo, aprendo la strada al risarcimento. Cade, dunque, ogni possibilità di configurare una pregiudiziale amministrativa”.

Secondo il giudice civile, invero, a seguito della lesione dell'interesse legittimo da parte di un provvedimento amministrativo, sarebbe sorto nel patrimonio del privato una nuova posizione giuridica soggettiva, del tutto autonoma dalla prima, consistente in un diritto di credito al risarcimento del danno<sup>28</sup>. Da ciò sarebbe conseguito che la domanda risarcitoria avverso l'ente pubblico sarebbe dovuta essere proposta innanzi al giudice dei diritti soggettivi, ovvero davanti al giudice ordinario.

La soluzione adottata, *in parte qua*, dalle Sezioni Unite è, però, criticabile, poiché avrebbe comportato che, a seconda del tipo di giurisdizione di cui fosse dotato il giudice amministrativo (se di legittimità, ovvero esclusiva), sarebbe mutato il giudice deputato a conoscere la domanda risarcitoria degli interessi legittimi.

Non va, infatti, dimenticato che, prima dell'arresto giurisprudenziale del 1999, il legislatore si era espressamente occupato, sia pure per le sole materie di giurisdizione esclusiva, delle pretese risarcitorie esercitabili dal privato nei confronti dell'Amministrazione.

Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il cui art. 35 prevedeva che "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua

---

<sup>28</sup> Questa passaggio del ragionamento delle Sezioni Unite è stato fortemente criticato in dottrina. V. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, cit., 3210: "la possibilità di scindere la posizione giuridica lesa da uno dei rimedi apprestati per la sua violazione, introducendo nella sequenza un'ulteriore posizione giuridica sostanziale, non convince pienamente. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite [...] sfocia sostanzialmente in una riproposizione della teoria del *petitum* quale criterio di soluzione delle questioni di giurisdizione e introduce il rischio di decisioni configgenti sulla legittimità di un dato provvedimento amministrativo da parte del giudice amministrativo e di quello ordinario, chiamati a conoscere rispettivamente della domanda di annullamento e di quella di risarcimento". Nello stesso senso, PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, cit., secondo cui la soluzione adottata dalla Cassazione "richiede logicamente di tenere separata la tutela specifica (dell'interesse legittimo) dalla tutela risarcitoria (del danno ingiusto), svelando così la contraddizione in cui sembrano cadere i giudici, che sul piano sostanziale ravvisano [...] nella tutela in forma specifica dell'interesse legittimo gli ostacoli al riconoscimento di una autonoma rilevanza e tutela aquiliana per poi prescindere ai fini dell'individuazione della giurisdizione". Si veda, ancora, CARINGELLA, GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), per i quali, in questo modo "l'interesse legittimo viene liquidato quale mero presupposto storico-fattuale della fattispecie aquiliana e non svolge ruolo alcuno ai fini dell'assetto della giurisdizione". La conclusione cui gli stessi pervenivano era che "il ragionamento, pur elegantemente inteso a salvaguardare il principio della *causa petendi* come cardine della giurisdizione, porta alla fine a fondare la giurisdizione stessa sulla base del mero *petitum* formale".

giurisdizione esclusiva, ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”<sup>29</sup>.

La norma, dettata dall’esigenza di concentrare la tutela giurisdizionale innanzi al medesimo organo giurisdizionale<sup>30</sup>, era di portata innovativa, in quanto attribuiva al giudice amministrativo la cognizione delle domande risarcitorie nei confronti dell’Amministrazione.

Tuttavia, come si è innanzi accennato, l’affermazione, da parte delle Sezioni Unite n. 500/1999, della generale risarcibilità degli interessi legittimi e della devoluzione delle relative controversie in capo al giudice ordinario, avrebbe comportato delle distorsioni nel sistema di riparto.

Invero, per le lesioni di interessi legittimi arrecate nelle materie di giurisdizione esclusiva, di cui agli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998, il giudice dotato di giurisdizione sarebbe dovuto essere, *ex art.* 35, il giudice amministrativo.

Viceversa, le domande di condanna al risarcimento del danno, che l’Amministrazione avesse causato nelle materie devolute alla generale giurisdizione di legittimità, sarebbero dovute essere incardinate innanzi al giudice ordinario.

A porre rimedio a questa disomogeneità di disciplina ha, quindi, provveduto la legge 21 luglio 2000, n. 205, il cui art. 7 estendeva alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo la cognizione delle domande risarcitorie nei confronti della pubblica Amministrazione.

La normativa era fortemente innovativa in quanto, superando il *dictum* delle Sezioni Unite del 1999, finalmente indicava nel giudice amministrativo l’unico organo deputato a conoscere delle domande risarcitorie per lesioni di interessi legittimi, a prescindere dal tipo di giurisdizione di cui lo stesso fosse investito.

La novella, tuttavia, se, da un lato, faceva definitivamente chiarezza su quale fosse l’organo giurisdizionale deputato a conoscere della pretese risarcitorie

---

<sup>29</sup> Per un commento al d.lgs. n. 80/1998, in connessione alla sentenza n. 500/1999, si rimanda ad AA.VV., *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999*, Milano, 2000.

<sup>30</sup> Cfr. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 899.

azionare nei confronti dell'ente pubblico, dall'altro lato, contribuiva ad alimentare il dibattito sulla pregiudizialità amministrativa<sup>31</sup>.

Ciò era imputabile, soprattutto, alla non felice formulazione<sup>32</sup> dell'art. 7 della legge n. 205/2000, secondo cui "il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Al centro dell'attenzione degli interpreti era, nello specifico, il significato da assegnare al requisito di "consequenzialità", che la legge n. 205/2000 attribuiva al risarcimento del danno.

Ci si chiedeva, in particolare, se con tale locuzione normativa il legislatore avesse inteso che la domanda risarcitoria andasse proposta solo in conseguenza dell'annullamento del provvedimento amministrativo, ovvero anche indipendentemente dalla previa impugnazione.

Ne è scaturito un intenso dibattito interpretativo tra favorevoli e contrari alla pregiudizialità amministrativa, che si è protratto – sotto diverse forme e con sempre nuovi argomenti – nel corso degli anni.

## **2. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Due tesi a confronto**

### **2.1. L'orientamento favorevole alla pregiudizialità amministrativa**

La giurisprudenza del giudice amministrativo si è orientata, in senso pressoché univoco, a favore della pregiudizialità amministrativa<sup>33</sup> adducendo diversi argomenti a sostegno di questa tesi.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, 900.

<sup>32</sup> GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1475.

<sup>33</sup> Cfr. TAR Campania, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, in *Urb. app.*, n. 6/2001, con nota di CARANTA; TAR Campania, Sez. I, 19 febbraio 2001, n. 4485, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, III, 433 ss., con nota redazionale di TRAVI; Cons. St., Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6245, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 24 maggio 2005, n. 2631, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 553 ss., con nota di SPEZZATI. Tra le sentenze del giudice amministrativo, invero sporadiche, contrarie alla pregiudizialità si segnala, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 1/2007, 1824 ss. Tra i sostenitori della tesi in esame si menzionano, in dottrina, CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 43 ss.; CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003; CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007;

In primo luogo, si faceva leva sulla mancanza in capo al giudice amministrativo del potere di disapplicazione, considerato quale strumento indispensabile perché l'organo giudicante potesse conoscere solo incidentalmente dell'illegittimità del provvedimento e, quindi, condannare la p. A. al risarcimento del danno, anche senza la previa impugnazione dell'atto lesivo<sup>34</sup>.

Così, si sosteneva che l'unico modo affinché il g. a. potesse condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno fosse quello dell'accertamento, in via principale, dell'illegittimità dei provvedimenti amministrativi, da espletare in un normale giudizio di annullamento<sup>35</sup>.

A ben vedere, però, l'argomento in esame, lungi dal riguardare il solo profilo processuale dei poteri del giudice amministrativo, aveva un sostrato più prettamente sostanziale, poiché atteneva alle esigenze di certezza delle situazioni di diritto pubblico, al cui presidio è posto il termine di decadenza dell'azione di annullamento<sup>36</sup>.

Si osservava, invero, che non era un caso se il legislatore avesse negato al giudice amministrativo il potere di disapplicazione, poiché, altrimenti, costui si

---

MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008; DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale amministrativa*, in CARINGELLA, DE MARZO (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009, 6 ss.

<sup>34</sup> Il potere in esame spetta, invece, al giudice ordinario, come previsto dagli artt. 4 e 5 della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (c.d. LAC). L'art.4, in particolare, dispone che "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso." Prosegue, quindi l'art. 5, affermando che "in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi".

<sup>35</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4, cit., secondo cui "una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari". Per un commento esaustivo alla sentenza della Plenaria, n. 4/2003, si rimanda a TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2003, 567 ss.

<sup>36</sup> Cfr. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 900; D'ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teorica di un problema irreali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

sarebbe potuto pronunciare sull'illegittimità dell'*agere* pubblicistico, praticamente *sine die*, con buona pace dell'esigenza di stabilità dell'azione amministrativa<sup>37</sup>.

Un secondo argomento avanzato a supporto della pregiudiziale amministrativa riguardava, poi, la natura della tutela risarcitoria, considerata dai sostenitori della tesi in esame come meramente sussidiaria rispetto a quella demolitoria; sicché si avvertiva la necessità di collegare, già sul piano processuale, la prima forma di tutela alla seconda.

Il fondamento dogmatico di tale approccio interpretativo atteneva, tuttavia, ancora una volta, ad un profilo più propriamente sostanziale, vale a dire alla nozione di interesse legittimo.

Come si è anticipato, detta situazione giuridica soggettiva non attribuisce un vantaggio direttamente ed autonomamente raggiungibile dal suo titolare, poiché la sua soddisfazione passa attraverso l'esercizio della funzione amministrativa. Pertanto, si affermava che, qualora un provvedimento amministrativo avesse arrecato un danno ingiusto al privato, questi, per ottenerne il risarcimento, avrebbe dovuto provocare, secondo la logica del *contrarius actus*, la rimozione dell'atto illegittimo fonte del pregiudizio<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, cit., 361, il quale giustificava l'assenza del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo, osservando come questi avesse "il duplice indefettibile compito di dare soddisfazione al privato la cui sfera giuridica sia stata illegittimamente danneggiata e nel contempo eliminare dal mondo giuridico l'atto illegittimo, ivi compresa l'illegittima inerzia dell'Amministrazione, che deve in ogni caso proseguire il procedimento amministrativo iniziato".

<sup>38</sup> In questo senso, si veda TAR Campania, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, cit., secondo cui la regola tradizionale della pregiudiziale affondava "le sue radici in un forte sostrato ideologico-giuridico ed ordinamentale, ricollegandosi alla natura stessa dell'interesse legittimo. Infatti, rendendo pregiudiziale l'annullamento dell'atto per l'accesso al risarcimento, si inferisce che il potere dell'Amministrazione, nei confronti della posizione soggettiva, ha una effettiva valenza *plasmante* la posizione stessa". Questo argomento era criticato da COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, cit., 292, il quale ravvedeva "ragioni di tipo meccanico attinenti al codice genetico del giudice amministrativo, quale giudice dotato di spiccata vocazione demolitoria [...] più che tassative ragioni di diritto positivo [...] alla radice del recupero giurisprudenziale del regime forzoso della tutela sdoppiata", quella di annullamento e quella risarcitoria. Del pari critico era CARANTA, *Il ritorno dell'irresponsabilità*, in *Urb. app.*, n. 6/2001, 674, secondo cui "la posizione, fondata su una concezione ipostatica dell'interesse legittimo, non può essere condivisa e ciò non solo in considerazione dell'evoluzione concettuale che ha conosciuto negli ultimi decenni l'interesse legittimo ma, soprattutto, perché la nozione stessa non è né può essere fissata una volta per tutte; al contrario, essa si modifica e aggiorna con il progressivo mutare dell'ordinamento sulle linee di una più accentuata tutela dei cittadini proprio nei confronti del potere della pubblica amministrazione".



Se ne traeva la conclusione che la principale forma di tutela azionabile dal privato fosse quella costitutiva, attraverso cui si sarebbe altresì garantito, ripristinandolo, l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione. A tale rimedio avrebbe, quindi, fatto seguito quello risarcitorio per mezzo del quale si sarebbero riparati quei danni che non avessero trovato adeguato ristoro nell'annullamento dell'atto lesivo.

I sostenitori della pregiudiziale amministrativa trovavano, inoltre, linfa vitale per la loro impostazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale sembrava condividere l'argomento della natura sussidiaria della tutela risarcitoria.

Nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204<sup>39</sup>, infatti, i giudici costituzionali, nel giudicare illegittimo l'art. 33 d.lgs. n. 80/1998<sup>40</sup> e nel far salvo il successivo art. 35, definivano la tutela risarcitoria come una "tutela ulteriore"<sup>41</sup> rispetto a quella di annullamento, escludendo, così, che il risarcimento del danno potesse essere considerato come un'autonoma materia da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>42</sup>.

Un altro dato a sostegno della tesi riguardava, poi, il termine di decadenza cui è sottoposta l'azione di annullamento, ed il conseguente regime di inoppugnabilità che caratterizza il provvedimento alla sua scadenza.

Più specificamente, il Consiglio di Stato faceva notare che, se era vero che la domanda risarcitoria fosse ancillare rispetto a quella di annullamento, di talché la prima sarebbe strettamente connessa alla seconda, ammettere detta tutela, anche

---

<sup>39</sup> V. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594 ss, con note di BENINI, FRACCHIA, TRAVI.

<sup>40</sup> Per contrasto con l'art. 103 Cost.

<sup>41</sup> Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit., secondo cui "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

<sup>42</sup> Cfr. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., 738, per il quale "nel ragionamento della Consulta, «il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre [...] il risarcimento del danno ingiusto» rappresentava quindi un completamento della tutela costitutiva che, lungi dallo stravolgere il tradizionale modello impugnatorio del processo amministrativo, finiva piuttosto per esserne una conferma; tanto più se si riconosceva – come in alcuni passaggi la sentenza sembrava sottintendere – un rapporto di necessaria pregiudizialità tra annullamento dell'atto illegittimo e il risarcimento dell'illecito".

autonomamente dall'impugnazione, sarebbe stato in ogni caso impossibile, dato che a ciò vi sarebbe ostato il divieto di elusione del termine decadenziale<sup>43</sup>.

L'imposizione del termine di decadenza risponde, invero, all'esigenza di evitare che l'operato dell'Amministrazione sia messo in discussione a notevole distanza di tempo dall'esercizio del potere e, in definitiva, garantisce il rispetto delle istanze di certezza e stabilità sottese alla funzione amministrativa.

Di conseguenza, tale sbarramento processuale risultava essere un ostacolo di non poco conto per l'esercizio della domanda risarcitoria autonoma, la quale si riteneva andasse esercitata – secondo i principi generali – entro un più lungo termine di natura prescrizioneale.

Alle medesime esigenze di certezza e stabilità risponde, inoltre, il regime di inoppugnabilità che conforma l'atto amministrativo al momento della scadenza del termine di decadenza. Questa caratteristica rende il provvedimento pienamente idoneo a produrre effetti nel mondo del diritto, ad onta della sua illegittimità. Di talché si riteneva che, da quel momento in poi, l'atto non fosse più giustiziabile, nemmeno ai fini risarcitori.

Un adeguato supporto alla teorica della pregiudiziale veniva, infine, individuato nella lettera dell'art. 7 della legge n. 205/2000 che, assegnando al giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione di legittimità, la cognizione delle domande risarcitorie, si riteneva paragonasse il risarcimento del danno agli "altri diritti patrimoniali consequenziali".

Più nel dettaglio, si sosteneva che con tale locuzione normativa il legislatore avesse voluto espressamente considerare le domande risarcitorie come questioni "consequenziali" all'annullamento del provvedimento illegittimo<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit., nella parte in cui i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che "la chiara elusione del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi costituisce infatti ostacolo insuperabile ai fini dell'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma rispetto all'azione di annullamento dell'atto, fonte del danno", per concludere, quindi, che "non si ravvisano ragioni per cui il breve termine decadenziale per l'impugnazione degli atti amministrativi dovrebbe operare solo quando si chiede l'annullamento dell'atto, mentre non sarebbe applicabile quando la stessa posizione soggettiva di interesse legittimo viene tutelata in via risarcitoria in un giudizio in cui la legittimità del provvedimento fonte di danno costituisce sempre oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo, al pari dell'ipotesi della sola domanda di annullamento".

<sup>44</sup> Cfr., in questo senso, Cass. Civ., Sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, 2074 ss., con commento di TRAVI. Si tratta di una delle poche pronunce del giudice civile a favore della pregiudizialità amministrativa. In questo caso, la Cassazione, facendo riferimento all'art. 7, legge n. 205/2000, ha affermato che "l'assenza di autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di

Così, si ammetteva che il risarcimento del danno presupponesse un accertamento dell'illegittimità dell'*agere* pubblicistico, non già in via incidentale, ma *principaliter*, attraverso l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo<sup>45</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza amministrativa giungeva, pertanto, alla conclusione secondo cui la tempestiva proposizione della domanda di annullamento costituisse un presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria<sup>46</sup>. Sicché, a fronte della proposizione di un'*actio damni* in forma autonoma, il giudice amministrativo avrebbe dovuto emettere una pronuncia, in rito, di inammissibilità della medesima.

## 2.2. La tesi delle Sezioni Unite della Cassazione a favore dell'autonomia

A fronte dell'orientamento maggioritario del Consiglio di Stato, indirizzatosi a favore della pregiudiziale amministrativa, quello della Corte di Cassazione<sup>47</sup> è stato da sempre contrario a detta regola processuale.

In particolare, l'approccio autonomistico trovava il suo fondamento teorico sia su una *pars destruens*, ovvero sui rilievi critici che parte degli interpreti avanzava nei confronti della pregiudizialità amministrativa, sia su una *pars costruens* vera e propria.

---

annullamento dell'atto è esplicitamente sancita dal diritto positivo e la regola è stata confermata con l'intervento legislativo attuato con la l. 205/00". In adesioni alle conclusioni interpretative raggiunte da quest'ultima pronuncia, v. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 2145, secondo cui la Suprema Corte, a supporto della sua tesi, "ha addotto una considerazione che può sembrare di elementare buon senso, ma che racchiude una significativa verità, argomentando che l'antigiuridicità di un fatto lesivo dell'altrui diritto o interesse legittimo non può essere accertata quando si sia estinto, in forza di un giudicato, o di una transazione, o anche per decadenza, il rimedio offerto dalla legge per contestare l'antigiuridicità".

<sup>45</sup> D'ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teorica di un problema irrealistico*, cit.

<sup>46</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit.

<sup>47</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2004, n. 19200 in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 26 maggio 2004, n. 10180 in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 in *Urb. app.*, 2006, 1175 ss; Cass. Civ., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911 in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, 1359 ss.; Cass. Civ. Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30245, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 2639 ss. A favore dell'autonomia, v., in dottrina, CARINGELLA, *Contro la pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in CARINGELLA, DE MARZO (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, cit., 35 ss; TARANTINO, *Unità del diritto e pregiudiziale amministrativa*, *ivi*, 61 ss.; GOTTI, *Spunti di riflessione sul rapporto tra azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, 2183 ss.

Quanto al primo profilo, si escludeva, in dottrina, che l'assenza del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo potesse condizionare il regime dei rapporti tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria, nel senso della pregiudizialità della prima rispetto alla seconda.

Si faceva, invero, notare che per condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno, non sarebbe stato affatto necessario l'esercizio, da parte del giudice amministrativo, del potere di disapplicazione<sup>48</sup>.

Quando il giudice condanna a risarcire un danno da provvedimento illegittimo, infatti, tutto farebbe fuorché disapplicare quest'ultimo, non potendo, logicamente, egli pervenire ad una tale conclusione se considerasse l'atto *tamquam non esset*<sup>49</sup>.

In merito alla supposta natura ancillare del risarcimento del danno, si obiettava, invece, che la pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/2004, lungi dall'aver avallato, *in parte qua*, la regola della pregiudizialità, ne avesse segnato il suo superamento<sup>50</sup>.

A ben vedere, infatti, la Consulta, nell'affermare che quella risarcitoria non fosse una nuova materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma rappresentasse solo una tecnica di tutela "ulteriore" a favore del cittadino, intendeva semplicemente svincolare il rimedio in esame dal profilo giurisdizionale. La Corte, cioè, riteneva necessario scindere la tecnica di tutela risarcitoria dalla tipologia della situazione giuridica soggettiva lesa, affermando

---

<sup>48</sup> Cfr., in questo senso, TRAVI, *op. ult. cit.*, 2076, secondo cui "la disapplicazione, prevista dall'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, consente al giudice civile di prescindere dagli effetti giuridici prodotti dall'atto amministrativo. Nelle vertenze per danni arrecati a interessi legittimi non vi è alcuna necessità di prescindere dagli effetti giuridici prodotti dall'atto amministrativo: anzi, proprio perchè tali effetti sono maturati è configurabile un danno".

<sup>49</sup> Cfr. FALCON, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 241, con il quale non si può che condividere la conclusione secondo cui "non è la disapplicazione ma al contrario, se si vuol dire così, l'applicazione del provvedimento illegittimo che genera l'illecito". Negli stessi termini, GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *www.giustamm.it*, il quale si concentra sulla "ontologica diversità delle operazioni logiche compiute dal giudice che disapplica e da quello, invece, il quale adito con un'autonoma azione di risarcimento del danno, procede alla valutazione dell'illegittimità dell'atto reputato lesivo dell'istante: quest'ultimo, infatti, acclarata, sia pure *incidenter* e non *principaliter*, l'illegittimità della determinazione provvedimentale, non la considera *tamquam non esset* ai fini della decisione, ma al contrario pone la stessa determinazione, nella sua riscontrata contrarietà all'ordinamento, a fondamento, non certo esclusivo, della decisione di condanna".

<sup>50</sup> In questi termini, COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, cit., 310 ss.

che il rimedio risarcitorio andasse riconosciuto sia al diritto soggettivo, sia all'interesse legittimo<sup>51</sup>.

Se questo è vero, non si sarebbe potuto pensare, allora, che l'azione di danno cambiasse natura a seconda del tipo di posizione giuridica compromessa, e di giudice deputato a tutelarla. In altri termini, non si sarebbe potuto immaginare che la domanda risarcitoria potesse essere considerata come tutela principale, se fosse stata azionata innanzi al giudice ordinario, ovvero solo secondaria, se proposta innanzi al giudice amministrativo.

Anche l'argomento che faceva leva sull'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi alla scadenza del termine di decadenza non pareva convincente.

A tal proposito, si faceva notare come il requisito dell'inoppugnabilità rispondesse all'esigenza di rendere ad un certo punto stabili gli effetti dell'atto illegittimo, senza, tuttavia, avere la capacità di convertire quest'ultimo in un provvedimento valido; tanto è vero che la p. A. ben avrebbe potuto rimuoverlo in autotutela<sup>52</sup>. Ragion per cui, era facile sostenere la naturale compatibilità di detto requisito con quello dell'invalidità, il quale, come è noto, costituisce solo uno degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, accertabile autonomamente dal giudice del risarcimento.

Ne conseguiva, pertanto, che il provvedimento non impugnato nel termine di decadenza non sarebbe stato di ostacolo alla condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Del pari, l'argomento letterale fondato sull'art. 7 della legge n. 205/2000 non sembrava costituire un dato solido su cui fondare la tesi della pregiudizialità.

---

<sup>51</sup> Cfr. COMOPRTI, *op. ult. cit.*, 319: "definire la tutela risarcitoria quale modo di protezione «ulteriore» delle situazioni soggettive lese, di cui anche il giudice amministrativo verrebbe a disporre in virtù dei parametri costituzionali di effettività ed adeguatezza dei rimedi giurisdizionali, significa enfatizzare lo stacco e la differenza in termini qualitativi rispetto al tipo di sindacato demolitorio contro gli atti". L'aggettivo "ulteriore" adoperato dalla Consulta, ad avviso dell'A., "si specifica e ed assume valore positivo proprio perché si tratta di cosa la cui cifra è rappresentata non dal semplice dato temporale del venire dopo [...] ma dal più qualificante dato strutturale rappresentato dal suo essere un qualcosa di nuovo e di altro rispetto al termine di riferimento", cioè rispetto la tutela di annullamento.

<sup>52</sup> Cfr. CARANTA, *Il ritorno all'irresponsabilità*, cit., 675: "l'inoppugnabilità ha come solo effetto di rendere inammissibile il ricorso in sede giurisdizionale amministrativa di legittimità, ma nulla toglie all'eventuale illegittimità del provvedimento, che, infatti, potrà giustificare l'adozione di provvedimenti di autotutela da parte della stessa pubblica amministrazione che ha emesso l'atto. Analogamente, non si vede perché la stessa situazione non possa aprire al privato la via al rimedio risarcitorio, per il quale vale il termine di prescrizione".

Non si può, invero, che convenire con quanti, a tal riguardo, osservavano che nell'articolo in questione non fosse affatto detto che il risarcimento del danno dovesse essere consequenziale all'annullamento dell'atto amministrativo. Pertanto, la locuzione in esame ben avrebbe potuto essere interpretata nel senso che la "consequenzialità del danno patrimoniale" andasse riferita al semplice accertamento di un vizio di illegittimità della funzione amministrativa e non già all'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato.<sup>53</sup>

In merito alla *pars costruens* della tesi dell'autonomia, grande contributo va, invece, riconosciuto a tre importanti arresti delle Sezioni Unite della Cassazione, ovvero alle ordinanze "gemelle" del 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, e del 15 giugno 2006, n. 13911<sup>54</sup>, le quali hanno fissato dei punti fermi non solo in tema di rapporti tra azione di annullamento e domanda risarcitoria, ma anche in punto di giurisdizione.

Quanto a quest'ultimo aspetto, in particolare, le Sezioni Unite ribadivano con nettezza che dopo la novella del 2000 spettasse definitivamente al giudice amministrativo conoscere delle pretese risarcitorie per l'attività illegittima dell'Amministrazione<sup>55</sup>. Ciò, a prescindere dal tipo di giudizio risarcitorio in

---

<sup>53</sup> D'ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teorica di un problema irrealistico*, cit.; nello stesso senso, V. TRAVI, *op. ult. cit.*, 2078, il quale faceva notare come "il riferimento nella l. 205/2000 al risarcimento dei danni come a un diritto «consequenziale» (rispetto all'annullamento) si spiega agevolmente con esigenze di coerenza con la formulazione delle disposizioni del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato (cfr. art. 30 r.d. 26 giugno 1942, n. 1054), ma non sembra avere un valore pregnante"; COMOPORTI, *op. ult. cit.*, 289, secondo cui "contrariamente, dunque, alle apparenze, favorite oltretutto da suggestioni di carattere terminologico, la tecnica della concentrazione non era tanto funzionale alla creazione di una posizione giurisdizionale dominante all'interno del mercato delle tutele offerte al cittadino o della preminenza di un'azione rispetto all'altra, quanto piuttosto a sanzionare eventuali abusi in tal senso".

<sup>54</sup> Tra i primi commenti alle ordinanze in esame, si segnalano LAMORGESE, *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, n. 10/2006, 1175 ss.; TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, n. 8/2006, 1049 ss.; CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); SANDULLI, *Finalmente «definitiva» certezza sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela»*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); CARPENTIERI, *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 163 ss.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, cit.: "Quante volte si sia in presenza di atti riferibili oltre che ad una pubblica amministrazione a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perché il potere non incontra ostacolo in diritti incompressibili della persona, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo. Gli potrà essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva. Ma la parte potrà chiedere al giudice

concreto attivato, se autonomo da quello di annullamento ovvero proposto unitamente a quest'ultimo<sup>56</sup>.

Circa i rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria, le ordinanze del 2006 si esprimevano in favore dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento.

A fondamento della tesi, la Cassazione poneva i principi costituzionali di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, *ex* artt. 24 e 111 Cost., dalla cui applicazione sarebbe derivata la regola dell'autonomia delle due azioni da proporre, entrambe, innanzi al giudice amministrativo.

Facendo leva sui suddetti parametri costituzionali, le Sezioni Unite negavano, così, validità sia alla tesi "tutta civilistica", che a quella "tutta amministativistica", sostenute negli anni passati dagli operatori del diritto.

La prima, in particolare, fatta propria dalla sentenza n. 500/1999, veniva ritenuta dalla Cassazione non più condivisibile, in quanto non sarebbe stato più sostenibile che, a seguito della lesione di un interesse legittimo, potesse sorgere in capo al danneggiato un autonomo diritto di credito al risarcimento del danno giustiziabile innanzi al giudice ordinario.

Questa impostazione, invero, finiva per fondare il riparto di giurisdizione sulle domande risarcitorie, non già secondo il criterio tradizionale basato sulla

---

amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento". Giova, a tal proposito, osservare che, prima dell'arresto del 2006, la Cassazione si era mostrata, in punto di giurisdizione delle domande risarcitorie nei confronti della p.A., alquanto contraddittoria. Ciò, a dispetto del chiaro tenore letterale dell'art. 7 legge n. 205/2000. Cfr., in particolare, Cass. Civ., Sez. Un., 26 maggio 2004, n. 10180, cit., secondo cui "il potere del Tribunale amministrativo di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno riguarda non solo le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva ma anche quelle rientranti nel giudizio generale di legittimità, come si evince dal disposto secondo il quale il giudice amministrativo conosce delle questioni relative al risarcimento del danno «nell'ambito della sua giurisdizione»". In senso diametralmente opposto, si orientava Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2004, n. 19200 la quale, aderendo all'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 500/1999, affermava che "il diritto al risarcimento è indipendente ed autonomo dalla situazione soggettiva lesa e ha natura di diritto soggettivo anche quando la lesione sia collegata a una precedente posizione di interesse legittimo". Ne conseguiva, allora, che l'azione di risarcimento sarebbe dovuta essere proposta innanzi al giudice ordinario.

<sup>56</sup> CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 902.

consistenza della posizione giuridica soggettiva compromessa, come vorrebbe l'art. 103 Cost., ma in base alla tecnica di tutela in concreto azionata<sup>57</sup>.

Essa, inoltre, si poneva in antitesi con la lettera e lo spirito della legge n. 205/2000, che assegnava ad un unico giudice, quello amministrativo, la cognizione delle domande risarcitorie nei confronti dell'Amministrazione<sup>58</sup>. La novella del 2000, invero, trovava il suo antecedente dogmatico nella natura sostanziale dell'interesse legittimo e nella conseguente necessità di garantire ad esso una tutela piena e diretta, senza dover ricorrere alla creazione di un autonomo diritto di credito al risarcimento del danno.

Dunque, era per rispondere ad una profonda esigenza di garanzia dell'effettività della tutela del cittadino, che la Cassazione confermava la diretta risarcibilità degli interessi legittimi innanzi al giudice amministrativo<sup>59</sup>.

Del pari, era in omaggio a tale principio costituzionale che le Sezioni Unite ritenevano non condivisibile la "tesi tutta amministrativistica" della

---

<sup>57</sup> In particolare, il danneggiato, se avesse voluto ottenere l'annullamento dell'atto lesivo del suo interesse legittimo, avrebbe dovuto rivolgere la sua domanda al giudice amministrativo. Viceversa, se avesse preteso il solo risarcimento del danno, avrebbe dovuto agire innanzi al giudice ordinario.

<sup>58</sup> Giova, a tal proposito, richiamare il passaggio motivazionale in cui le Sezioni Unite del 2006 evidenziavano come "la tesi «tutta civilistica» non può essere condivisa allorché disattende la svolta devoluta dal legislatore di assicurare all'interesse legittimo una tutela piena, concentrata dinanzi a un unico giudice per il principio di effettività che reca in sé la ragionevolezza dei tempi di tutela. La soluzione, fatta propria dal legislatore del 2000 e in linea con la portata di «norma di sistema» riconosciuta dalla Corte Costituzionale all'art. 24 Cost. con la sentenza 204 del 2004, da ultimo ribadita, è coerente con la riaffermazione del criterio tradizionale del riparto fondato non sulla distinzione tra le tecniche di tutela, bensì sulla natura sostanziale delle situazioni soggettive".

<sup>59</sup> Cfr., a tal proposito, MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), la quale bene ha posto in evidenza i rapporti tra le ordinanze in esame e la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, che aveva definito quella risarcitoria come una tecnica di tutela "ulteriore" a disposizione del privato leso da un atto illegittimo della p.A.: "la qualificazione del risarcimento come strumento di tutela ulteriore delle situazioni soggettive di interesse legittimo induce peraltro a ritenere definitivamente superata (per quanto la Corte costituzionale nella sentenza n. 191/2006 dichiara espressamente di non voler "prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria") la tesi che considera il risarcimento quale forma di tutela della situazione soggettiva di diritto soggettivo nascente dalla lesione di un interesse meritevole di tutela, la cui cognizione la ben nota sentenza n. 500/1999 della Cassazione devolveva, in base ai tradizionali criteri di riparto della giurisdizione, al giudice ordinario". Per una lucida illustrazione delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006, v. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in DELLA CANANEA, DUGATO (a cura di), *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2000, 475 ss.



necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto a quello risarcitorio<sup>60</sup>.

Per la Suprema Corte, infatti, detta impostazione, oltre a non essere fondata su alcun dato normativo, avrebbe ristretto la tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, nella parte in cui avrebbe costretto il privato, non solo ad attivare due giudizi per ottenere la riparazione del danno<sup>61</sup>, ma, altresì, a proporre la stessa domanda risarcitoria entro un breve termine di decadenza che si riteneva non le appartenesse<sup>62</sup>.

Per confermare la validità della tesi autonomistica, le Sezioni Unite del 2006, infine, facevano ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 35 d.lgs. n. 80/1998 e 7 l. n. 205/2000.

In particolare, ad avviso della Cassazione le norme in questione, nell'attribuire al giudice amministrativo la cognizione di tutte le domande risarcitorie per lesione di interessi legittimi, avrebbero permesso a detto organo giurisdizionale di pronunciarsi non solo sulle azioni di danno esercitate dopo l'impugnazione degli atti illegittimi, ma anche su quelle proposte in forma autonoma. Solo così interpretate, invero, dette disposizioni avrebbero garantito, in modo pieno ed effettivo, la tutela del cittadino ai sensi dell'art. 24 Cost<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, cit., secondo cui "entrambe le tesi, a giudizio delle Sezioni Unite conducono [...] ad una riduzione dell'effettività della tutela, rispettivamente frammentando o moltiplicando le sedi e i tempi della tutela giurisdizionale e assicurando all'interesse legittimo una protezione che comprime l'ambito della tutela risarcitoria riducendone la portata".

<sup>61</sup> Con lesione altresì del canone costituzionale del "giusto processo", il quale, ai sensi dell'art. 111 Cost., va esaurito entro "tempi ragionevoli".

<sup>62</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, cit., secondo cui "ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento al previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa tutta italiana".

<sup>63</sup> A giudizio di SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela"*, cit., "la scelta della Cassazione può essere sinteticamente definita come una «scelta di priorità della piena tutela» del cittadino, senza pregiudiziali privilegi per il giudice ordinario". L'A. era, tuttavia, contro la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, la quale avrebbe rimesso "in sostanza all'interessato la possibilità di "scegliere" tra chiedere al giudice [...] di assicurare una effettiva "giustizia nell'amministrazione" e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale, purché il proprio interesse economico venga soddisfatto. Con doppio pregiudizio per la collettività".

Da ciò conseguiva che un'eventuale pronuncia di inammissibilità della domanda risarcitoria, giustificata dalla mancata proposizione dell'azione demolitoria, si sarebbe tradotta in un sostanziale rifiuto di esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo. Una decisione di questo tenore sarebbe stata, pertanto, pacificamente annullabile dalla stessa Corte di Cassazione, per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c.<sup>64</sup>.

### 2.3. *L'Adunanza Plenaria n. 12/2007 dà nuovo fiato alla tesi della pregiudizialità amministrativa*

Questa conclusione esegetica non è stata però condivisa dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, intervenendo in Adunanza Plenaria<sup>65</sup> – ed ancora in un *obiter dictum* –, non ha mancato di replicare a quanto statuito nel 2006 dalla Cassazione.

Ci si riferisce, in dettaglio, alla nota sentenza 22 ottobre 2007, n. 12, con la quale il massimo organo della giurisprudenza amministrativa confermava la propria preferenza per la regola della pregiudizialità amministrativa.

Tra gli aspetti più interessanti della pronuncia si segnala, in particolare, il richiamo ad una decisione della Corte Costituzionale<sup>66</sup>, intervenuta in tema di

---

<sup>64</sup> Cfr., in senso critico, TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 5, il quale definiva una «forzatura» dell'art. 111, ultimo comma, Cost., quella operata, *in parte qua*, dalla Cassazione. Ad avviso dell'A., invero, la norma costituzionale si limita a definire “i termini fondamentali del rapporto fra Cassazione e giudice amministrativo”. Pertanto, “la questione della pregiudizialità non attiene al riparto di giurisdizione, né ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione, ma inerisce all'interpretazione di regole sostanziali sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi (e perciò inerisce ai «contenuti» della decisione, secondo l'espressione di recente utilizzata dalla Corte Costituzionale). Di conseguenza sarebbe criticabile la Cassazione, se, attuando il monito contenuto nelle sue pronunce del giugno 2006, annullasse una decisione del Consiglio di Stato per aver negato il risarcimento del danno in applicazione del principio di pregiudizialità”.

<sup>65</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12 in *Dir. proc. amm.*, 2008, 553 ss, con nota di SPEZZATI, *L'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*. La decisione in esame è commentata, altresì, da TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, cit., 3 ss; CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 55 ss.; MADDALENA, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 12/2007: comportamenti e pregiudizialità amministrativa secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); PELLEGRINO, *Giurisdizione e pregiudizialità: luci ed ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corr. giur.*, 2008, 267 ss.; GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. app.*, n. 3/2008, 346 ss.

<sup>66</sup> Ci si riferisce a Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro amm. – CdS*, n. 3/2007, 753 ss.

poteri della Corte di Cassazione sui ricorsi per difetto di giurisdizione, *ex art.* 362 c.p.c.

In quella occasione la Consulta aveva statuito, in modo condivisibile, che la Suprema Corte “con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte di Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione”<sup>67</sup>. La Cassazione, dunque, avrebbe potuto pronunciarsi, ai sensi dell’art. 111 Cost., solo al fine di indicare quale organo giurisdizionale – se ordinario ovvero speciale – si sarebbe dovuto occupare di una determinata materia prevista dalla legge, senza vincolare il giudice, ritenuto dotato di giurisdizione, ad assumere una particolare decisione.

Aderendo a questo indirizzo costituzionale, conseguiva, allora, che non si sarebbe potuto in alcun modo sostenere che il giudice amministrativo rifiutasse di esercitare la sua giurisdizione allorché dichiarasse, in applicazione della regola della pregiudizialità amministrativa, inammissibile la domanda risarcitoria proposta in forma autonoma.

Oltre a criticare, *in parte qua*, la tesi autonomistica, i giudici di Palazzo Spada ponevano a fondamento del loro convincimento altri argomenti, la maggior parte dei quali erano, per la verità, già stati avanzati dalla giurisprudenza tradizionale del Consiglio di Stato.

Ci si riferisce al citato art. 7 della legge n. 205/2000 che, ad avviso della Plenaria, qualificava il risarcimento del danno come un rimedio non solo “conseguenziale”, ma altresì “eventuale” all’annullamento<sup>68</sup>.

Da ciò derivava che la funzione del processo amministrativo sarebbe dovuta essere, primariamente, quella di demolire i provvedimenti illegittimi e,

---

<sup>67</sup> Così Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, cit.

<sup>68</sup> In particolare, i termini “conseguenziale” ed “ulteriore” comparivano nei commi 4 e 5 dell’art. 35, d.lgs. n. 80/1998, che vale la pena riprodurre. Il quarto comma dell’art. 35, in particolare, disponeva che “il tribunale amministrativo regionale, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’*eventuale* risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali *conseguenziali*”. Il quinto comma si proponeva invece di abrogare l’art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142 e “ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno *conseguente* all’annullamento di atti amministrativi”.

solo “eventualmente” ed in “conseguenza” dell’annullamento dell’atto lesivo, quella di risarcire il danno<sup>69</sup>.

Ancora una volta, dunque, i giudici amministrativi ponevano a base della teorica della pregiudizialità la natura ancillare dello strumento risarcitorio, la quale trovava il suo presupposto storico-dogmatico nella concezione dell’interesse legittimo quale posizione giuridica soggettiva di vantaggio, reputata degna di un livello di tutela inferiore rispetto al diritto soggettivo<sup>70</sup>.

Un’ulteriore argomentazione avanzata a favore della pregiudizialità amministrativa atteneva, poi, alla c.d. “presunzione di legittimità”, che, secondo il Consiglio di Stato, avrebbe contraddistinto l’attività della pubblica Amministrazione dopo che fosse scaduto il termine di decadenza per impugnare i provvedimenti illegittimi<sup>71</sup>. Si riteneva, cioè, che il trascorrere del termine di sessanta giorni dall’emanazione del provvedimento, senza che nessuno lo avesse contestato in sede giurisdizionale, sanasse ogni eventuale illegittimità del

---

<sup>69</sup> Cfr., in senso critico, SPEZZATI, *L’adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, cit., 585 ss., secondo la quale occorre “solo evidenziare che l’«eventualità» del risarcimento del danno si atteggia esattamente negli stessi termini della «eventualità», pur letteralmente non esplicitata, dell’annullamento ed è a questa del tutto simmetrica: non certo dal tenore letterale di norme di carattere processuale può dipendere la sussistenza effettiva di fattispecie che *aliunde* trovano la propria disciplina; sicché solo in presenza dei presupposti di natura sostanziale di ciascuna delle rispettive e diverse fattispecie di riferimento può essere accordata la tutela risarcitoria così come quella demolitoria”. In merito al requisito della “conseguenzialità”, v. quanto affermato da TRAVI *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, cit., 6, il quale riprendendo ciò che aveva, in altre occasioni, sostenuto, ha ribadito che “il legislatore, più semplicemente, ha preferito una formulazione coerente con l’art. 30 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, che riservava le vertenze per tali diritti al giudice ordinario, senza perciò nulla disporre in merito alla disciplina sostanziale del risarcimento dei danni né tanto meno alla pregiudizialità dell’annullamento”. In senso adesivo alla Plenaria n. 12/2007, v. invece, VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, 909, secondo cui “la valorizzazione del carattere «conseguenziale» ed ulteriore della tutela risarcitoria nell’ambito di un giudizio strutturato primariamente in vista dell’impugnazione e demolizione del provvedimento rappresenta oggi una prospettiva per molti certamente impopolare e nondimeno non agevolmente confutabile alla stregua del diritto positivo”.

<sup>70</sup> In questo senso, si esprimeva chiaramente l’Adunanza Plenaria n. 12/2007, secondo cui l’annullamento dell’atto sarebbe servito “in vista della prevalenza dell’interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell’agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell’esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere”. Se, dunque, si riteneva che l’annullamento dei provvedimenti illegittimi integrasse un passaggio obbligato, onde perseguire l’interesse collettivo al “sindacato dell’agire pubblico”, la posizione del privato, che avesse subito un danno dall’Amministrazione, sarebbe risultata nettamente sbiadita.

<sup>71</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, cit., per cui la c.d. presunzione di legittimità “si tramuta da relativa in assoluta allorché, nel termine di decadenza, – certamente eluso in ipotesi di vanificazione della pregiudiziale – siasi omessa impugnazione ovvero finché, in presenza di discrezionale apprezzamento, non sia intervenuto annullamento d’ufficio”.

medesimo, sicché lo stesso non sarebbe stato più giustiziabile, nemmeno ai fini risarcitori, innanzi al giudice amministrativo.

Il requisito della “legittimità presunta” dell’atto amministrativo sarebbe stato, quindi, “certamente eluso” se il privato avesse chiesto il risarcimento del danno prodotto dal provvedimento, entro il più lungo termine di prescrizione di cinque anni.

In altri termini, la descritta presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi avrebbe costituito un ostacolo insuperabile onde ritenere integrato il requisito del “danno ingiusto”, *ex art. 2043 c.c.*, in quanto l’invalidità dell’attività amministrativa sarebbe risultata, in qualche modo, sanata dallo spirare del termine di decadenza.

Ne conseguiva che l’unica via percorribile dal privato per ottenere il risarcimento del danno sarebbe dovuta essere quella del previo accertamento dell’illegittimità dell’atto amministrativo e della sua definitiva rimozione dal mondo giuridico attraverso l’annullamento giurisdizionale<sup>72</sup>. Solo in questo modo, invero, il giudice amministrativo avrebbe potuto accertarsi dell’invalidità del provvedimento e, dunque, dell’ingiustizia della lesione subita dal privato.

Di talché, se il danneggiato avesse ommesso di esercitare la tutela costitutiva, l’eventuale domanda risarcitoria proposta in forma autonoma sarebbe dovuta essere dichiarata infondata, nel merito, per mancanza del requisito dell’ingiustizia del danno. Il mancato esercizio della domanda di annullamento non avrebbe, quindi, più costituito un motivo di inammissibilità dell’*actio damni* esercitata in via autonoma, ma avrebbe comportato il rigetto, nel merito, della pretesa risarcitoria.

---

<sup>72</sup> Anche questa conclusione esegetica della Plenaria ha subito le critiche da parte della dottrina. V., *ex multis*, SPEZZATI, *op. ult. cit.*, 599: “l’Adunanza, a sostegno della propria tesi, non fa altro che rispolverare antiche categorie dogmatiche esasperandone tuttavia l’ambito di applicazione: da nozione di natura squisitamente processuale, la presunzione di legittimità derivante dalla inoppugnabilità pare essere trasformata dal Consiglio di Stato in un elemento sostanziale della fattispecie, acquistando dunque una correlativa funzione sostanziale”; TRAVI, *op. ult. cit.*, 6, secondo cui “in questo modo si sovrappongono due piani diversi: quello dell’efficacia dell’atto amministrativo e quello della sua legittimità. L’atto amministrativo illegittimo è efficace, fino a quando non sia annullato, ma per il risarcimento dei danni non è in discussione l’efficacia dell’atto lesivo: è in discussione invece la sua legittimità. In senso contrario a quest’ultimo rilievo dottrinale, v., però, VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., 911, per il quale “sino a quando la regola del caso concreto non venga eliminata non si vede come di quel caso sia consentita una qualificazione difforme”.

#### 2.4. La risposta delle Sezioni Unite nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254

Il confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario si è poi maggiormente acuito a seguito della sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione<sup>73</sup> annullavano, per difetto di esercizio della giurisdizione, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007.

Come era già accaduto in occasione della pronuncia del Consiglio di Stato poc'anzi esaminata, anche il caso sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite non richiedeva un necessario pronunciamento sulla questione della pregiudizialità amministrativa.

Si è trattato, dunque, ancora una volta, di un *obiter dictum*, occasione propizia che la Suprema Corte ha sfruttato per confermare la validità della regola dell'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> V. Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro it.*, 2009, I, 2721 ss., con nota di PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione*. Tra gli altri, si segnalano i commenti di GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009, 480 ss.; CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, ivi, 511 ss.; TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2009, 385 ss.; VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. app.*, n. 5/2009, 548 ss.; MACCARI, *Questioni pregiudiziali e giudizio sull'amministrazione*, in *Nuova rass.*, n. 11/2009, 1307 ss.; PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6/2009, 1320 ss.; ROMANO TASSONE, *Morire per la "pregiudiziale amministrativa"?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); AULETTA, *Risarcimento del danno ed abuso della giurisdizione. Ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>74</sup> V. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, cit., il quale ha parlato di occasione "ghiotta" che le Sezioni Unite non si sono lasciate perdere per enunciare un principio di diritto "che dovrebbe costituire la pietra tombale della tesi contraria". Per potersi pronunciare sul tema della pregiudiziale amministrativa, infatti, le Sezioni Unite avevano dovuto far ricorso ad un'interpretazione estensiva dell'art. 363, terzo comma, c.p.c., che consente alla Cassazione di emettere un principio di diritto nell'interesse della legge, anche quando il ricorso sia, come lo era nel caso di specie, inammissibile. Tuttavia, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina processualcivile (Cfr., *ex multis*, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze civili e dei lodi*, Padova, 2008; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009), il principio di diritto che la Cassazione può emettere in virtù di detta norma deve in ogni caso riguardare la vicenda oggetto della lite. E tale non è stato il caso della sentenza qui in rassegna.

L'impianto motivazionale sotteso alla sentenza n. 30254/2008 si fondava su due passaggi logico-giuridici strettamente connessi: l'uno riguardante un profilo sostanziale, l'altro concernente un aspetto più prettamente processuale.

Quanto al primo, la Suprema Corte impostava la sua decisione sulla, oramai riconosciuta, natura sostanziale dell'interesse legittimo e sulla necessità di garantire allo stesso il risarcimento del danno, anche a fronte di una domanda risarcitoria proposta in forma autonoma.

Facendo leva sull'art. 24 Cost., che garantisce a tutti i cittadini di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, la Cassazione giungeva alla conclusione secondo cui l'interesse legittimo, avendo natura sostanziale, alla stessa stregua del diritto soggettivo, avrebbe dovuto ricevere una tutela identica a quella spettante a quest'ultima posizione giuridica.

Più nello specifico, il significato di tale disposizione costituzionale sarebbe dovuto essere quello di garantire al titolare di dette posizioni giuridiche soggettive, di poter scegliere non solo se chiederne o meno la tutela giurisdizionale, ma anche quale mezzo utilizzare "per reagire al fatto che l'interesse sostanziale della parte [fosse] rimasto insoddisfatto"<sup>75</sup>. Ciò, invero, sarebbe stato più rispondente al principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi propugnato dallo stesso art. 24 Cost.

Un altro argomento addotto dalle Sezioni Unite atteneva, poi, all'art. 113 Cost., che, nel riconoscere la protezione degli interessi legittimi e dei diritti

---

<sup>75</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, cit. Questa conclusione non era, però, condivisa da parte degli interpreti. Si veda, per esempio, quanto sostenuto dal GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, cit., 481, secondo cui la sentenza debutterebbe con un'affermazione "tranchante, quanto apodittica [...]". Si tratta di premessa per così dire assiomatica, che non trova riscontro né nella lettera né in un'interpretazione sistematica dell'art. 24 [...]. V, inoltre, CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, cit., 532 ss., per il quale l'argomento in questione provava troppo, "dovendosi, anzi, misurarsene la relativa scorrettezza, sia perché dall'art. 24 Cost., *sic et simpliciter*, non si deduce che tutela specifica e tutela risarcitoria siano istituiti a coordinazione necessariamente identica per i diritti soggettivi e per gli interessi legittimi, sia perché l'affermazione colà contenuta circa l'effettività e la pienezza della relativa tutela non esclude ragionevoli differenziazioni che la specificità menzionata pare comportare". In senso adesivo alle conclusioni interpretative della Cassazione n. 30254/2008, v. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, la quale, salutando con favore il richiamo all'art. 24 Cost., riteneva che "l'affermazione chiara e netta del diritto del privato di scegliere l'azione di tutela che ritiene per sé più confacente fa giustizia di tutte le ipotesi che per giustificare la pregiudizialità pretenderebbero dal danneggiato una sorta di collaborazione doverosa con il danneggiante, ben al di là dei limiti della diligenza del creditore".

soggettivi innanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa, assicurerebbe al titolare degli stessi una tutela minima costituita del risarcimento del danno. Al massimo – proseguiva la Cassazione – a tale forma di tutela il legislatore avrebbe potuto aggiungerne delle altre, come il rimedio di annullamento dei provvedimenti amministrativi, precipuamente predisposto in favore degli interessi legittimi. Sicché sarebbe spettato al titolare di detta posizione giuridica soggettiva scegliere quale rimedio azionare in giudizio<sup>76</sup>.

Quanto al profilo più strettamente processuale della decisione, la Suprema Corte, al fine di avallare la sua tesi in favore dell'autonomia, richiama altresì l'art. 111, ultimo comma Cost.; in particolare, veniva posto l'accento sul riferimento, ivi indicato, ai “motivi inerenti alla giurisdizione”, che consente alla Cassazione di sindacare le pronunce del Consiglio di Stato e delle altre giurisdizioni speciali.

Proponendo un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di “giurisdizione”, le Sezioni Unite del 2008 giungevano, quindi, alla conclusione secondo cui, per tale si sarebbe dovuto intendere non solo, e non tanto, il potere attribuito a ciascun ordine giurisdizionale di decidere su date controversie, secondo un criterio di riparto fissato dalla legge, ma, più profondamente, il potere di garantire al cittadino una tutela piena ed effettiva<sup>77</sup>. Sicché, qualora il giudice

---

<sup>76</sup> Cfr., ancora, GRECO, *op. ult. cit.*, 841-482: “del pari non sembra conferente, né rilevante, il richiamo dell'art. 113 della Costituzione [...]. La c.d. pregiudizialità amministrativa non esclude la tutela risarcitoria, che risulta solo condizionata dal previo annullamento dell'atto, né limita i mezzi di impugnazione, che riguardano solo la tutela demolitoria e non quella risarcitoria. Interessante è, altresì, lo spunto critico di PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, cit., 1329, il quale contesta “l'affermazione [delle Sezioni Unite n. 30254/2008] per cui il risarcimento del danno costituirebbe, sempre e comunque, tutela minima e perciò necessaria”. A tal uopo l'A. richiama la sentenza della Cassazione n. 26972/2008 sul danno non patrimoniale, dalla quale si trarrebbe la conclusione secondo cui sarebbe necessaria, “costituzionalmente, la tutela risarcitoria, ma solamente in relazione alla lesione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti, non potendosi predicare altrettanto per i danni patrimoniali”. V., anche, VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., 913 ss., il quale aggancia la sua obiezione alla diversità strutturale, connaturata allo stesso sistema di diritto amministrativo, tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. In particolare, secondo l'A. l'argomento fondato sugli artt. 24 e 113 Cost. si traduce in definitiva “in osservazioni apodittiche”, in quanto “le citate disposizioni costituzionali possono essere invocate al più come argomenti in favore della risarcibilità degli interessi legittimi, non certo per escludere modalità di tutela richieste dalla struttura di siffatta situazione protetta, diversa da quella dei diritti soggettivi stante il collegamento con la potestà pubblica, mentre la supposta libertà di scelta tra gli strumenti di tutela astrattamente configurabili non esiste nemmeno per i diritti soggettivi stessi”.

<sup>77</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, cit, secondo cui “nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi



amministrativo avesse richiesto, quale requisito di ammissibilità dell'*actio damni*, il preventivo annullamento dell'atto illegittimo, avrebbe assicurato al privato una tutela, per così dire, solo dimezzata ed, in definitiva, non effettiva.

Detto altrimenti, un'eventuale decisione del g. a., che non avesse concesso la tutela risarcitoria, a motivo della mancata impugnazione del provvedimento lesivo, si sarebbe tradotta in un rifiuto di esercizio della giurisdizione<sup>78</sup>. Di talché, la stessa sarebbe stata sindacabile ed annullabile dalle Sezioni Unite, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 374, comma 1, c.p.c. e 362, comma 1, c.p.c.<sup>79</sup>.

Alle medesime conclusioni interpretative sono giunte, poi, le successive pronunce della Cassazione, le quali, si sono limitate a replicare, *in parte qua*, l'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza n. 30254 del 2008<sup>80</sup>.

### **3. L'ultima frontiera della giurisprudenza amministrativa: dalla "pregiudizialità processuale" alla "pregiudizialità sostanziale". Il richiamo all'art. 1227, comma 2, c.c.**

Ad onta di alcune voci dottrinali, che avevano definito la decisione n. 30254/2008 come la "pietra tombale" della tesi della pregiudiziale

---

ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna, e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici, perché risulti attuata nel giudizio l'effettività dello stesso ordinamento".

<sup>78</sup> Cfr., in senso critico, VILLATA, *op. utl. cit.*, 920, per il quale sarebbe "palese che in tal modo si trasforma, invocando il principio di effettività, la verifica se un giudice ha giurisdizione su una determinata controversia nel controllo su come il giudice decide la controversia stessa; d'altro canto ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia i presupposti della tutela che gli viene affidata dall'ordinamento e quindi di interpretare le regole sostanziali sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi". La medesima obiezione era sollevata da CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, cit., 522; MACCARI, *Questioni pregiudiziali e giudizio sull'amministrazione*, cit., 1312, il quale richiamando il TRAVI, in *Corr. giur.*, n. 8/2006, nella nota di commento alle ordinanze "gemelle" del 2006, sosteneva che "il giudice amministrativo affermando la tesi della pregiudizialità «esercita la propria giurisdizione rispetto alle domande risarcitorie, esattamente come la esercita il giudice che non accolga la domanda per essere maturata una decadenza»". In senso favorevole alle conclusioni delle Sezioni Unite, v. TORCHIA, *op. utl. cit.*, 388 ss.

<sup>79</sup> Dispone l'art. 374, comma 1, c.p.c. che "la Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti dal n. 1 dell'art. 360 e nell'art. 362". A sua volta, l'art. 362, comma 1, c.p.c. prevede che "possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'art. 325 secondo comma, le decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso".

<sup>80</sup> V. Cass. Civ., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5464, in *www.giustamm.it*, con nota di SANDULLI, *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell'oca sulla pregiudiziale di annullamento*; Cass. Civ., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19048, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 23595, in *Giust. civ.*, n. 1/2011, 2054 ss., con nota di FIMIANI, *Sulla pregiudiziale la Cassazione rivendica una vittoria di Pirro*.

amministrativa<sup>81</sup>, le successive pronunce del Consiglio di Stato ne hanno confermato, al contrario, la sua piena vitalità<sup>82</sup>.

In particolare, in questa nuova fase storica, i giudici amministrativi cercavano di enucleare una soluzione interpretativa che permettesse loro di affermare la regola della pregiudizialità amministrativa, senza dover correre il rischio di vedere le loro decisioni annullate dalla Cassazione per difetto di esercizio della giurisdizione.

La via di uscita dall'*impasse* veniva, così, individuata nello spostamento della questione della pregiudizialità amministrativa, dal piano processuale dell'ammissibilità della domanda risarcitoria autonoma, a quello sostanziale della sua fondatezza.

Si affermava, cioè, che la mancata proposizione della domanda di annullamento non costituisse una mera preclusione processuale all'accertamento della pretesa riparatoria. Sicché, a fronte di una domanda risarcitoria proposta in forma autonoma, il giudice amministrativo non avrebbe dovuto emettere una sentenza di inammissibilità della medesima. L'omessa impugnazione avrebbe assunto rilievo, invece, sul piano sostanziale, impedendo all'organo giudicante di accertare uno degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale, ovvero il "danno ingiusto".

Pertanto, la mancata attivazione del giudizio di annullamento avrebbe comportato il rigetto, nel merito, della domanda risarcitoria autonoma.

Si trattava, per la verità, di una conclusione esegetica non nuova in giurisprudenza, visto che – come si ricorderà – già l'Adunanza Plenaria n.

---

<sup>81</sup> Cfr. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, cit.

<sup>82</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522, in *www.lexitalia.it*; Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 1/2010, 170 ss., con nota di FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisprudenza amministrativa*; Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 11/2009, 2549 ss., con nota di MICHELETTI, *Brevi note sull'irriducibilità ai principi di diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*; Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009, 498 ss., con nota di CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, cit. Quest'ultima pronuncia è stata, inoltre, commentata, tra gli altri, da TISCINI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009, 2738 ss.

12/2007 aveva ricondotto l'omessa impugnazione dell'atto lesivo nell'ambito del giudizio di accertamento dell'ingiustizia del danno, *ex art. 2043 c.c.*

Tuttavia, essa si rivelava, in questo stadio del dibattito, di grande utilità, in quanto consentiva al Consiglio di Stato di eludere con facilità il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite del 2008. Nel momento in cui il giudice amministrativo avesse emesso una sentenza di rigetto, nel merito, della domanda risarcitoria autonoma, infatti, sarebbe venuta meno l'obiezione sollevata dalla Cassazione di "rifiuto di esercizio della giurisdizione"<sup>83</sup>.

Analizzando più da vicino l'*iter* argomentativo seguito dal Consiglio di Stato, si può notare come ancora una volta alla base del ragionamento vi fosse la necessità di garantire la certezza delle situazioni di diritto pubblico.

Secondo i giudici amministrativi, invero, la mancata attivazione del rimedio impugnatorio sarebbe stata fonte di instabilità, in quanto avrebbe consentito all'atto amministrativo di operare nel mondo del diritto, a dispetto della sua illegittimità.

Ciò si sarebbe tradotto, in definitiva, in una vera e propria contraddizione dell'ordinamento giuridico: non si vedeva, infatti, come un provvedimento amministrativo, rimasto inoppugnato, potesse essere considerato, allo stesso tempo, pienamente legittimo – e, quindi, legittimato a produrre effetti nel mondo del diritto –, ma anche causa di un pregiudizio da risarcire.

In altri termini – riprendendo le parole del Consiglio di Stato – la permanenza nell'ordinamento giuridico del provvedimento illegittimo avrebbe impedito, *in re ipsa*, "che il danno [potesse] essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione di un atto inoppugnato"<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. FELIZIANI, *op. cit.*, secondo cui, il Consiglio di Stato, così ragionando, avrebbe portato il dibattito sulla pregiudiziale all'interno della medesima giurisdizione amministrativa, "come dire che associata la competenza del g.a. anche in ordine alle domande risarcitorie, ciò su cui l'istituto in commento incide è la tecnica di tutela attuabile nei confronti dell'interesse legittimo assertivamente leso".

<sup>84</sup> Cfr. Cons. St., IV, 31 marzo 2009, n. 1917, cit., secondo cui, "il principio della pregiudiziale non si fonda, quindi, sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*; in sostanza, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere respinta nel merito perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito".

Di conseguenza, passaggio obbligato per ottenere il risarcimento del danno sarebbe dovuto essere la definitiva demolizione dell'atto invalido attraverso il giudizio di annullamento.

Un secondo filone giurisprudenziale, invece, assegnava rilevanza alla mancata impugnazione del provvedimento illegittimo nell'ambito del diverso giudizio sul c.d. nesso di causalità giuridica, quale ulteriore requisito della fattispecie di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.<sup>85</sup>.

Detto istituto collega l'evento lesivo cagionato dal danneggiante all'ammontare delle conseguenze pregiudizievoli patite dal danneggiato ed è disciplinato dall'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"<sup>86</sup>.

Orbene, secondo il descritto orientamento giurisprudenziale, l'omessa attivazione del giudizio di annullamento avrebbe integrato un "comportamento contrario all'ordinaria diligenza" da parte del ricorrente, come tale idoneo ad interrompere il nesso eziologico che avvince la condotta lesiva dell'Amministrazione all'ammontare del pregiudizio subito dal privato<sup>87</sup>.

In applicazione di detta norma civilistica, dunque, non si sarebbero potuti addossare all'ente pubblico quei pregiudizi che il danneggiato, in violazione dei suoi doveri di diligenza, non avesse evitato esercitando in tempo la domanda di annullamento.

Ne conseguiva che, a fronte di un'azione risarcitoria proposta in forma autonoma, il giudice amministrativo avrebbe dovuto negare il risarcimento, non

---

<sup>85</sup> Si tratta di TAR Lazio, Roma, Sez. II, 29 aprile 2009, n. 4410, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 10/2008, 2797 ss.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 23 settembre 2008, n. 780, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18 maggio 2007, n. 386, in *Foro amm. – C.d.S.* n.1/2007, 1635 ss.; Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, in *Cons. St.*, 2001, 739 ss. Per un breve commento alla sentenza del Consiglio di Stato, 22 ottobre 2008, n. 5183, si rimanda a FERRARI, TARANTINO, *Il comportamento del danneggiato valutabile ex art. 1227c.c.*, in *Urb. app.*, n. 12/2008, 1476 ss.

<sup>86</sup> La norma in esame, come è noto, è applicabile anche in sede di responsabilità extracontrattuale, in quanto è espressamente richiamata dall'art. 2056 c.c.

<sup>87</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.: "il Collegio è tenuto ad accertare se nel rapporto di causalità si sia inserita una causa sopravvenuta o una concausa quale è l'inerzia del danneggiato che abbia interrotto il nesso tra provvedimento amministrativo illegittimo e lesione patrimoniale. In tal caso manca uno degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità in grado di trasformare il provvedimento illegittimo in fatto illecito".

già a motivo di inammissibilità della domanda, ma a causa dell'infondatezza della medesima, per difetto di causalità<sup>88</sup>.

Si trattava, a ben vedere, di un'impostazione giurisprudenziale che, facendo proprio un orientamento minoritario della dottrina<sup>89</sup>, giungeva ad una soluzione mediana e compromissoria. Essa, infatti, se, da un lato, conduceva alla negazione, sul piano strettamente processuale, della pregiudizialità della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, dall'altro lato, ne postulava un condizionamento sostanziale, in quanto il giudice, in applicazione della regola causale di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., sarebbe stato comunque tenuto ad escludere il risarcimento se il privato avesse omissis di impugnare<sup>90</sup>.

Ancora una volta, dunque, si passava da una "pregiudizialità processuale" ad una "pregiudizialità sostanziale"; la veste giuridica era diversa, ma il risultato il

---

<sup>88</sup> Cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, cit., secondo cui "quanto alla domanda tesa ad ottenere il risarcimento del danno [...], se è vero che è ormai venuta meno la necessaria pregiudizialità della pronuncia sulla illegittimità dell'atto rispetto alla domanda di risarcimento, non può tuttavia ritenersi che questa sia in ogni caso ammissibile allorché il provvedimento amministrativo sulla cui illegittimità si fonda sia divenuto inoppugnabile. Infatti [...], poiché l'illegittimità del provvedimento è uno degli elementi costitutivi dell'illecito causativo del danno, deve ritenersi precluso all'interessato di far valere la pretesa al risarcimento allorché [...] egli non abbia esercitato i mezzi di tutela offerti dall'ordinamento che gli avrebbero consentito di ottenere la reintegrazione in forma specifica".

<sup>89</sup> Tra i sostenitori della tesi in esame si segnala CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2007, 658, per il quale "quella di non impugnare il provvedimento è [...] una libera, ma non irrilevante, scelta del privato con la conseguenza che lo stesso, ove non opposto, rimarrà in vita". Proseguiva poi l'A. affermando che "se il cittadino decide di non impugnare il provvedimento, non è dato comprendere come non gli si debba giustamente applicare la *ratio* dell'art. 1227 c.c.". V., inoltre, TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 47 ss.; MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 81 ss.; VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 86; DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Il risarcimento dei danni: nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205/2000*, Atti del convegno di Trento, 7-8 giugno 2002. In senso contrario, v. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 54, secondo cui "fra le attività che il creditore è tenuto a compiere, «usando l'ordinaria diligenza», per evitare il danno, non rientra [...] la richiesta di tutela giurisdizionale"; CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, cit., 3210; MIRATE, *Azione di annullamento e azione di risarcimento del danno: rapporto di pregiudizialità o autonomia?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1096 ss.

<sup>90</sup> Cfr., in chiave critica, SANDULLI, *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), secondo cui i giudici avrebbero fatto, in questo modo, "rientrare dalla finestra la pregiudiziale di annullamento che la Cassazione ha fatto uscire dalla porta", con la conclusione che "il vero sconfitta resterebbe il soggetto leso, che, pur teoricamente ammesso alla tutela risarcitoria diretta, se la vedrebbe di fatto concretamente negata".

medesimo: il privato, che avesse esperito una domanda risarcitoria senza il previo annullamento dell'atto, non avrebbe potuto godere del risarcimento del danno.

Come si vedrà, di quest'ultimo approccio esegetico vi è traccia nel Codice del processo amministrativo, il quale, non senza suscitare ulteriori dubbi e perplessità, cerca di risolvere il nodo della pregiudiziale amministrativa con una soluzione, appunto, di compromesso tra gli opposti orientamenti.

## Capitolo secondo

### LA “PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA” NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. L’ART. 30 E L’ONERE DI DILIGENZA DEL DANNEGGIATO

SOMMARIO: 1. *Premessa. Il Codice del processo amministrativo: dalla legge delega ai cc. dd. decreti correttivi* – 2. *Profili di diritto comparato* – 3. *L’art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: vera autonomia o pregiudizialità mascherata?* – 4. *Il termine di decadenza di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a. Osservazioni critiche* – 4.1. *Prescrizione e decadenza: le ragioni di una disciplina differenziata* – 4.2. *Dubbi di legittimità costituzionale* – 5. *L’onere di ordinaria diligenza del danneggiato nell’esercizio degli strumenti di tutela previsti* – 5.1. *L’onere di diligenza del creditore nell’art. 1227, comma 2, c.c.* – 5.2. *L’onere di diligenza del danneggiato nell’art. 30, comma 3, c.p.a.* – 6. *La sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3* – 7. *La giurisprudenza successiva conferma (quasi) all’unanimità le conclusioni dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011.*

#### 1. Premessa. Il Codice del processo amministrativo: dalla legge delega ai cc. dd. decreti correttivi

L’esaminato dibattito interpretativo non si è esaurito in un mero scontro dogmatico-esegetico tra operatori del diritto, ma si è rivelato di grande utilità per il privato e per l’intero sistema di giustizia amministrativa.

Non vi è dubbio, infatti, che esso abbia influenzato il legislatore non solo fungendo da stimolo affinché intervenisse, una volta per tutte, sul tema dei rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria, ma anche individuando, in concreto, una possibile soluzione da fornire al problema.

In particolare, il tanto auspicato intervento legislativo<sup>1</sup> si è materializzato nel d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo

---

<sup>1</sup> Sollecitazioni per un tempestivo intervento del legislatore sono pervenute, in particolare, da SANDULLI, *Pregiudiziale amministrativa: la storia infinita continua*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo la quale “un intervento legislativo in materia è assolutamente indispensabile, se non si vuole lasciare l’amministrato nella pia illusione di avere ciò che in concreto non avrà mai”; PELLEGRINO, *Pregiudiziale e contratto: un nuovo concordato tra SS. UU. e CdS*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per cui “è evidente che la soluzione auspicabile sarebbe quella di un chiarimento normativo”; SPEZZATI, *L’adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, cit., 606 ss.; FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisprudenza amministrativa*, cit., 200 ss.; D’ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l’irrisolvibilità teorica di un problema irrealistico*, cit.

(d'ora in poi semplicemente "c.p.a."), il cui art. 30 è specificamente dedicato ai rapporti tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria<sup>2</sup>.

Il testo è il risultato di un peculiare *iter* approvativo che è stato oggetto di attenzione da parte degli studiosi, e che val la pena in questa sede ripercorrere, anche al fine di comprendere il contesto storico-normativo all'interno del quale il legislatore è intervenuto in tema di pregiudizialità amministrativa.

Il codice del processo amministrativo è stato emanato in attuazione della legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 44 conteneva la delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi per "il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato"<sup>3</sup>.

Più specificamente, ai sensi di tale disposizione, la riorganizzazione del processo amministrativo sarebbe dovuta avvenire "al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori", nonché per assicurare "la concentrazione e l'effettività delle tutele" del cittadino<sup>4</sup>.

Accanto a questi obiettivi di fondo, il comma 2 dell'art. 44 fissava poi dei criteri direttivi alquanto innovativi, tra cui quello di disciplinare le azioni e le

---

<sup>2</sup> Per una breve, ma puntuale, disamina delle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo, v. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>3</sup> Cfr. l'art. 44, legge 18 giugno 2009, n. 69: "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele". Sulla nozione di "riassetto" normativo contenuta in questa norma, v. SPUNTARELLI, *Osservazioni sulla coerenza della bozza di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nelle disposizioni di delega*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui, con tale locuzione, il legislatore delegante ha voluto comprendere non solo l'attività di riordino della disciplina preesistente, ma anche una eventuale rielaborazione della stessa, senza escludere, quindi, la possibilità di introdurre disposizioni innovative. Nello stesso senso si esprime FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale fa notare che i codici di nuova generazione, come quello sul processo amministrativo, "sono una piattaforma che, raccogliendo l'esperienza giuridica pregressa e affermando nuovi principi, si pongono nella prospettiva della evoluzione e del cambiamento in una visione dinamica del diritto".

<sup>4</sup> V. l'art. 44, comma 2, lett. a) della legge n. 69/2009, secondo cui, "I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili", si sarebbero dovuti attenere al seguente criterio: "assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo [...]".



funzioni del giudice amministrativo, “prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”<sup>5</sup>.

Tuttavia, all’affermazione di questi principi e criteri direttivi non è seguita una completa e coerente attuazione dei medesimi da parte del legislatore delegato.

Va, invero, osservato che nel passaggio dalla legge di delega alla versione definitiva del codice si è registrato un graduale, quanto imperdonabile, contenimento della tutela del privato nei confronti dell’Amministrazione, a cui hanno, solo in parte, rimediato i successivi decreti correttivi<sup>6</sup>.

A tal proposito, occorre premettere che per la redazione del codice il Governo si è avvalso, in applicazione dell’art. 44, comma 4, della legge n. 69/2009<sup>7</sup>, di una Commissione Speciale, appositamente istituita presso il Consiglio di Stato, di cui hanno fatto parte giudici amministrativi ed ordinari, professori di diritto amministrativo ed avvocati del libero Foro e dell’Avvocatura dello Stato<sup>8</sup>.

Questa commissione ha steso una prima bozza di codice, che è poi “ritornata” al Governo, il quale, dopo aver richiesto i pareri alle Commissioni Parlamentari competenti, ha provveduto alla stesura definitiva dell’articolato<sup>9</sup>.

Parte della dottrina aveva, per la verità, criticato questa scelta, sostenendo che demandare al Consiglio di Stato la stesura di una normativa che, una volta entrata in vigore, sarebbe stata applicata dallo stesso organo che l’aveva redatta,

---

<sup>5</sup> Cfr. l’art. 44, comma 2, lett. b) della legge n. 69/2009, nella parte in cui afferma che il legislatore delegato si sarebbe dovuto attenere al seguente principio e criterio direttivo: “disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l’ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare le pretese della parte vittoriosa”.

<sup>6</sup> Ci si riferisce al d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e al d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

<sup>7</sup> Cfr. l’art. 44, comma 4, legge n. 69/2009, nella parte in cui afferma che “Ove il Governo, nell’attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all’articolo 14, numero 2°, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell’articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell’Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese”.

<sup>8</sup> Per i nominativi dei componenti della Commissione Speciale si rimanda a CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 39 ss.

<sup>9</sup> Per un’analisi più dettagliata dell’iter parlamentare di approvazione del d.lgs. n. 104/2010, v. COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un’occasione mancata*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

avrebbe significato, in sostanza, introdurre una disciplina autoreferenziale e chiusa alle istanze di tutela del cittadino<sup>10</sup>.

Questa obiezione, tuttavia, non coglie nel segno per almeno due ragioni.

In primo luogo, la stessa legge di delega prevedeva espressamente la possibilità per il Consiglio dei Ministri di avvalersi del Consiglio di Stato per la redazione della normativa in esame, la quale, in ogni caso, sarebbe stata suscettibile di modifiche da parte dello stesso Governo. Peraltro, questa procedura di approvazione delle leggi non è nuova nel nostro ordinamento, essendo già contemplata dall'art. 14 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (c.d. T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato), richiamato dal medesimo art. 44 della l. n. 69/2009<sup>11</sup>.

In secondo luogo, non va dimenticato che la Commissione Speciale non era formata solo da giudici amministrativi, ma anche da giudici ordinari, da avvocati e da professori universitari<sup>12</sup>. Sicché, non si comprende come una commissione legislativa così composta avrebbe potuto emanare un codice meramente autoreferenziale.

Questo approccio metodologico è, invece, risultato alla fine di grande utilità poiché è stato catalizzatore di un dialogo costante ed effettivo tra tutti gli operatori del mondo del diritto, nell'ottica del miglioramento della tutela del cittadino<sup>13</sup>.

Ciò nonostante, bisogna prendere atto che il legislatore delegato avrebbe potuto fare di più.

---

<sup>10</sup> Cfr. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 132, il quale aveva bollato come “domestica” la procedura di approvazione del codice del processo amministrativo.

<sup>11</sup> Si veda, a tal proposito, DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale osserva che la previsione contenuta nel T.U. sul Consiglio di Stato del 1924 era stata “già utilizzata con successo in altre occasioni (basi pensare, per limitarsi ad un'epoca recente, al T.U. sulle espropriazioni del 2001)”.

<sup>12</sup> Cfr. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, cit., secondo cui la novità consisteva “nell'aver aggiunto la possibilità per il Consiglio di Stato di utilizzare oltre ai consiglieri di Stato, anche magistrati Tar e altri componenti esterni (esperti e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato)”. Si veda, altresì, TALLARO, *Appunti sul venturo codice del processo amministrativo*, in *Giur. Merito*, n. 3/2010, 633 ss., il quale fa notare che “allargando lo sguardo alle esperienze sovranazionali e straniere, si deve osservare che è circostanza piuttosto comune che la formulazione delle regole di procedura siano demandate – in tutto o in parte – ai giudici che le dovranno applicare”.

<sup>13</sup> In questo senso DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, secondo cui “questa modalità di redazione dello schema di codice (non del codice, si badi bene [...]) ha costituito l'occasione per stimolare un dibattito ampio e corale fra gli appartenenti a tutte le categorie interessate alle vicende della giustizia amministrativa”.

Procedendo più da vicino al confronto tra la bozza di codice e la versione definitiva del d.lgs. n. 104/2010, emerge, invero, che molte delle novità contenute nella prima, nonostante fossero improntate in favore del privato, non sono state poi recepite dal secondo<sup>14</sup>.

Emblematica, in questo senso, è la sorte subita dalle norme dedicate alle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, a cominciare da quelle di accertamento autonomo e di adempimento.

La prima, in particolare, era prevista dall'art. 36 della bozza di codice e riconosceva al privato la possibilità di chiedere l'accertamento "dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato"<sup>15</sup>.

Il Consiglio dei Ministri, però, decideva di non inserire questa norma nel testo definitivo del codice, destando grande perplessità soprattutto nel mondo accademico<sup>16</sup>.

Se è vero, infatti, che la giurisprudenza<sup>17</sup> oramai ammetteva l'esperibilità di detta azione, anche in mancanza di un'apposita disciplina normativa, è altrettanto indiscutibile che la sua espressa previsione nell'emanando codice del

---

<sup>14</sup> Alla luce di ciò, parte della dottrina è giunta, così, alla conclusione che la critica di autoreferenzialità sarebbe dovuta essere indirizzata, non già nei confronti del Consiglio di Stato, ma nei riguardi del Governo. V., in questo senso, PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it): "il singolare paradosso è allora nella circostanza che questo rischio di autoreferenzialità giudiziaria e di chiusura così brillantemente evitato da Palazzo Spada, si materializzi invece ora ed in modo persino enfatizzato con le modifiche ipotizzate dal Governo".

<sup>15</sup> V. l'art. 36 della bozza di codice del 10 febbraio 2010 rubricata "Azione di accertamento": "1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

<sup>16</sup> Ci si riferisce, in particolare, a MERUSI, in *Atti del Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e della Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2010, 1249 ss., con nota di GIARDINO, *La natura giuridica della DIA e la tutela del terzo*; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in *Foro amm. – C.d.S.* 2010, 1549 ss., con nota di FOÀ, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e nuovo Codice del processo amministrativo*; Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Urb. app.*, n. 5/2009, 572 ss., con nota di FORMICA, *DIA e accertamento nel processo amministrativo*.

processo avrebbe fugato ogni dubbio circa la sua praticabilità nel sistema di giustizia amministrativa<sup>18</sup>. Con ciò, ampliando la tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione.

Di impatto ancora più dirompente, nell'ottica dell'effettività di tutela del cittadino, era inoltre la previsione, contenuta nell'art. 40 del progetto di codice, dell'azione di adempimento<sup>19</sup>. Essa, infatti, avrebbe consentito al ricorrente di chiedere al giudice amministrativo di condannare la p. A. "all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato"<sup>20</sup>.

Si trattava di una norma posta a favore degli interessi legittimi pretensivi, la quale avrebbe necessitato di un'apposita menzione e regolamentazione nel d.lgs. n. 104/2010<sup>21</sup>, in quanto detta azione, essendo prodromica ad una pronuncia di condanna all'emanazione di un provvedimento, si pone, più di altre, in contrasto con la sfera di discrezionalità riservata dalla legge all'Amministrazione<sup>22</sup>. Sicché, si rendeva quanto mai opportuno un intervento diretto del legislatore che fissasse, una volta per tutte, le condizioni ed i limiti di praticabilità di tale forma di tutela.

---

<sup>18</sup> Cfr. SCOCA, in NUNZIATA (a cura di) *Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani). Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, cit., il quale fa notare che la previsione dell'azione di accertamento, "magari atipica", sarebbe stata utile soprattutto in materia di pubblico impiego o in materia di accordi.

<sup>19</sup> Cfr. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, 887, secondo cui sarebbe stata proprio questa azione "a rendere plasticamente evidente il salto di qualità nel modo di concepire sia il processo amministrativo che il rapporto tra amministrazione e tutela giurisdizionale". La sua previsione, continua l'A., sarebbe stata utile in quanto avrebbe comportato "l'abbandono di ogni profilo di immunità dell'amministrazione rispetto alla tutela giurisdizionale, quindi la piena attuazione del principio di legalità".

<sup>20</sup> Cfr. l'art. 40 dello schema di codice, espressamente dedicato all'azione di adempimento: "1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2".

<sup>21</sup> V., *contra*, SCOCA, in NUNZIATA (a cura di) *Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani). Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, cit., per il quale l'azione di adempimento "forse potrebbe costituire una forzatura nel nostro sistema".

<sup>22</sup> Cfr., in proposito, MERUSI, in *Atti del Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e della Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, cit., il quale, anticipando le scelte del legislatore successivo (v. d.lgs. 160/2012) ha ritenuto che l'azione di adempimento sarebbe servita soprattutto nei casi di attività vincolata della p. A., ovvero "quando la pratica sia già stata istruita e ci siano tutti gli elementi per decidere [...] e quest'ultima abbia tuttavia deciso di non adottare un determinato provvedimento".

L'inclusione delle azioni di accertamento e di adempimento nelle maglie del codice, inoltre, avrebbe evitato di esporre la nuova disciplina a dubbi di legittimità costituzionale, *ex art. 76 Cost.*, per mancata attuazione della legge di delega<sup>23</sup>.

Non va, invero, dimenticato che la l. n. 69/2009 enunciava tra i criteri direttivi non soltanto quello di prevedere “le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare le pretese della parte vittoriosa”, ma anche quello di coordinare l’emanando decreto legislativo alle norme del codice di procedura civile, che espressamente ammettono l’esperibilità di tali domande<sup>24</sup>.

Vi erano, dunque, ben due criteri direttivi che vincolavano il legislatore delegato a disciplinare anche queste due forme di tutela giurisdizionale<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Dubbi velatamente manifestati da PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, cit., 887, secondo cui, l’attuazione *in parte qua* della legge n. 69/2009 avrebbe “dato corpo al criterio di delega volto a realizzare, attraverso la tutela giurisdizionale, la pretesa della parte vittoriosa”. V. inoltre, SPUNTARELLI, *Osservazioni sulla coerenza della bozza di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nelle disposizioni di delega*, cit., la quale si è interrogata se l’attuazione incompleta della delega da parte del Governo comportasse o meno l’incostituzionalità del decreto legislativo per contrasto con l’art. 76 Cost. L’A. ha, quindi, ricordato che, secondo l’orientamento tradizionale della Corte Costituzionale (cfr., *ex multis*, Corte Cost., 12 aprile 2005, n. 149), una censura di incostituzionalità di un decreto legislativo, per contrasto con l’art. 76 Cost., risulterebbe fondata solo se l’esercizio incompleto della delega determinasse uno stravolgimento della legge di delegazione. “Per evidenziare uno «stravolgimento della delega» contenuta nell’art. 44, l. n. 69/2009”, ha concluso l’A., “occorrerà individuare e confrontare quale modello di codice emerge nella legge di delega e quale modello emerge invece dalla ‘bozza’ di codice”. In termini di “violazione della ottima legge di delega” si è espresso PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, cit.

<sup>24</sup> Parte della dottrina, ha, però, ritenuto che non fosse affatto rilevante la mancata previsione delle due azioni nel testo definitivo del codice. Esse, infatti, sarebbero state in ogni caso evincibili da altre norme del d.lgs. n. 104/2010, come – in particolare per l’azione di adempimento – l’art. 34, comma 1, lett. c), secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo condanna la p. A. “al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”. Cfr., in tal senso, CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell’effettività della tutela*, cit.; CORAGGIO, in NUNZIATA (a cura di) *Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani). Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un ‘codice’ del processo amministrativo*, cit. Di contrario avviso è, tuttavia, COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un’occasione mancata*, cit., secondo cui “un riassetto normativo operato per mezzo di frammenti normativi, indicazioni indirette e tracce nascoste, suscettibili di essere colte soltanto all’esito di complesse analisi ermeneutiche, appare di problematica compatibilità con il principio del giudice (e del giudizio) precostituito per legge posto dall’art. 111 Cost. ed è destinato a tradire anche l’obiettivo minimo della chiarezza e certezza delle forme di tutela [...]”.

<sup>25</sup> In merito alla mancata codificazione delle azioni di accertamento e di adempimento da parte del d.lgs. n. 104/2010, v., inoltre, SCOCA, in MURGOLO, CASOLI, URBANO, *Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l’Università degli Studi di Torino*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale, dopo aver notato che

L'intervento modificatore del Governo ha, poi, riguardato altre disposizioni dello schema di codice, sempre nell'ottica del contenimento degli strumenti di tutela apprestati in favore del cittadino.

Basti pensare alla mancata enunciazione, tra i principi generali del processo amministrativo, del diritto delle parti di accedere agli atti e ai fatti del giudizio in ogni stato e grado del processo<sup>26</sup>; alla configurazione come inderogabile di ogni forma di competenza, ammettendo la rilevazione della relativa questione senza alcuna preclusione<sup>27</sup>; alla limitazione del ricorso alla CTU, solo "se indispensabile"<sup>28</sup>; all'eliminazione delle norme riguardanti il contenzioso sul procedimento preparatorio delle elezioni al Parlamento Italiano<sup>29</sup>.

Per la verità, il Governo aveva addotto delle giustificazioni a sostegno del suo intervento modificatore, dettato, a suo dire, da un'esigenza di contenimento della spesa pubblica<sup>30</sup>.

Tuttavia, queste non avevano convinto i primi commentatori, secondo i quali la previsione di strumenti di tutela essenziali per il cittadino, avrebbe, invece, sensibilmente ridotto il rischio di esborsi da parte dell'Erario<sup>31</sup>.

---

sia in Francia, che in Spagna e in Inghilterra si vada affermando una tendenza anche legislativa ad ammettere questo tipo di azioni nel processo amministrativo, avverte che "se l'Italia mantiene l'attuale schema del processo amministrativo, corre il rischio di rimanere molto lontana dal cammino che sta percorrendo l'intera Europa".

<sup>26</sup> V. l'art. 2, comma 1, del progetto di codice, secondo cui "Il giudice amministrativo garantisce in ogni stato e grado del processo il rispetto del principio di effettiva parità delle parti, il loro pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti".

<sup>27</sup> V. gli artt. 13 e ss., d.lgs. n. 104/2010. Di "ossessione dell'inderogabilità" parla, a tal riguardo, PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., 890.

<sup>28</sup> A differenza della verifica. Cfr. gli artt. 19 e 74, d.lgs. n. 104/2010.

<sup>29</sup> Di queste controversie se ne occupavano gli artt. 143 e ss. della bozza di codice. Di esse non vi è traccia nelle disposizioni del d.lgs. n. 104/2010, che disciplina il solo contenzioso relativo alle operazioni elettorali di comuni, province, regioni e Parlamento Europeo.

<sup>30</sup> Cfr. il comunicato del Consiglio dei Ministri n. 89 del 16 aprile 2010, dove si afferma che il Governo era dovuto intervenire sulla bozza di codice "d'intesa con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale".

<sup>31</sup> Cfr. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, cit., secondo cui "un tale approccio è nel medio e nel lungo periodo idoneo a pregiudicare le stesse esigenze di contenimento dei costi, dichiaratamente perseguite"; PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, cit., il quale fa notare che molte delle modifiche apportate dal Governo contraddicevano frontalmente l'obiettivo di escludere ulteriori capitoli di spesa, "perché rendono la tutela più lenta e meno effettiva così gravando le situazioni dannose sul pubblico erario".

Basti pensare che l'azione di accertamento, conducendo il giudice amministrativo a pronunciarsi su una data questione controversa, avrebbe contribuito a fare chiarezza sull'operato dell'Amministrazione e, così, a ridurre il rischio che l'incertezza di una data situazione giuridica sarebbe potuta ricadere sulla stessa p. A., nel senso di esporla a pretese risarcitorie più consistenti.

Allo stesso modo, l'azione di adempimento avrebbe consentito di ripristinare, in modo più veloce, la legalità violata dal soggetto pubblico e di evitare, così, che il decorso del tempo potesse comportare "lievitazioni" degli eventuali danni da risarcire.

Non si può, allora, che condividere l'opinione di quanti hanno ritenuto che, in verità, l'intervento manipolatore del Governo fosse stato dettato, più che da un'esigenza di contenimento della spesa pubblica, dal timore di esporre un'Amministrazione inefficiente al giudizio del giudice amministrativo<sup>32</sup>.

Quanto al tema oggetto del presente studio, il Consiglio dei Ministri ha, del pari, modificato la disciplina dell'azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti dell'Amministrazione che era stata proposta dalla Commissione Speciale.

Di ciò si darà conto, *funditus*, nel prosieguo della trattazione<sup>33</sup>. Ora, ci si limita solamente ad osservare che anche queste modifiche si inscrivono perfettamente nel medesimo conteso delle precedenti e, dunque, si espongono agli stessi rilievi critici<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Così, espressamente, CHIEPPA, *op. ult. cit.* Cfr., altresì, GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale, a proposito della mancata previsione della domanda di adempimento, afferma che "tale modifica del testo elaborato dalla commissione, insieme ad altre, ha fatto pensare ad un colpo di coda della parte più tradizionalista dei giudici amministrativi contrari ad un'evoluzione troppo spinta del processo e timorosa che, attraverso l'azione di adempimento il g. a. possa assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva riservati alla p. a."; ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per il quale "il codice in quanto tale non serve a nulla, [...] anzi, nella misura in cui riproduce pedissequamente l'assetto attuale del processo amministrativo, rischia di intralciare la naturale evoluzione del sistema"; SCOCA, in NUNZIATA (a cura di) *Resoconto del convegno svolto presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 "il processo amministrativo (ieri – oggi – domani)*, cit., per il quale "il codice rappresenta una grande opportunità per la riorganizzazione del processo amministrativo ma il giudizio sullo schema, dopo l'intervento dello 'sforbiciatore ministeriale', non può che essere negativo".

<sup>33</sup> Cfr. il par. 3 del presente capitolo.

<sup>34</sup> Cfr. LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 269, che, in riferimento alla tendenza del legislatore delegato di espungere dal testo definitivo del d.lgs. n. 104/2010 le previsioni contenute nella bozza di codice, hanno ritenuto che

Nell'esaminare l'*iter* formativo del codice del processo amministrativo, non si può, invece, prescindere dall'analisi dei successivi interventi legislativi che, in attuazione stessa legge delega n. 69/2009<sup>35</sup>, hanno apportato delle modifiche al d.lgs. n. 104/2010.

Ci si riferisce, in dettaglio, al d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e al d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, i cc. dd. decreti correttivi al codice del processo amministrativo.

Il primo, in particolare, sembra timidamente aprirsi in favore dell'ammissibilità della domanda di accertamento nel processo amministrativo. A tanto si perviene leggendo il novellato art. 31, comma 1 c.p.a., nella parte in cui consente al privato di chiedere l'accertamento dell'obbligo di provvedere, oltre che nei casi di inerzia della p. A., anche "negli altri casi previsti dalla legge"<sup>36</sup>.

Più nello specifico, si tratterebbe di un'azione di accertamento tipica, in quanto ammessa, appunto, solo nei casi espressamente previsti da altra disposizione normativa<sup>37</sup>.

Il secondo<sup>38</sup>, invece, è intervenuto in modo più deciso sul tema delle azioni esperibili nel processo amministrativo, prevedendo la possibilità per il privato di proporre una domanda di adempimento pubblicistico. Di essa se ne occupa, nello specifico, il nuovo art. 34, comma 1, lett. c), il quale fissa, altresì, i limiti alla sua praticabilità.

---

"tale tendenza ha fatto parlare di codice «light» e ha finito – a conti fatti – più con il restringere che con l'estendere i confini della giurisdizione amministrativa, rendendone spesso più fumosi i contorni. L'art. 30 è parte integrante del suddetto processo".

<sup>35</sup> Cfr. l'ultima parte dell'art. 44, comma 4, l. n. 69/2009, secondo cui "Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti".

<sup>36</sup> Cfr. l'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 104/2010, come novellato dal d.lgs. n. 195/2011: "Decorsi I termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere".

<sup>37</sup> Di tutela tipica parla espressamente AULETTA, *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste anche dopo i c.d. correttivi: alcune brevi osservazioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Nello stesso senso, FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Per una completa disamina delle novità introdotte dal d.lgs. n. 195/2011, si rimanda a GALLO, *Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, n. 1/2012, 23 ss.; nonché a CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del Codice e del decreto correttivo*, in *Urb. app.*, n. 1/2012, 14 ss.

<sup>38</sup> Per la cui disamina si rinvia a PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2013, 5 ss; nonché a DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



Più nel dettaglio, l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo è proponibile nei casi di attività vincolata della p. A., ovvero in quelli in cui non le residuino ulteriori margini di discrezionalità, e sempre che detta azione sia proposta contestualmente alla domanda di annullamento<sup>39</sup>.

In questo modo, il Governo si è uniformato alla più recente giurisprudenza amministrativa, la quale ammette pacificamente la proponibilità dell'azione di adempimento anche nel processo amministrativo, sia pure limitatamente ai casi di attività non discrezionale dell'Amministrazione.<sup>40</sup>

Il d.lgs. n. 160/2012 ha, poi, modificato altre disposizioni del codice del processo, come quelle sulla competenza<sup>41</sup>, sul contenzioso elettorale<sup>42</sup> e sui poteri dell'Adunanza Plenaria<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Si riporta il testo della seconda parte dell'art. 34, comma 1, lett. c), come modificato dal d.lgs. n. 160/2012: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

<sup>40</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Urb. app.*, n. 10/2011, 1193 ss., con nota di LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla D.I.A.*; Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858 in *Giur. it.*, 2012, 714 ss., con nota di VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. – TAR*, n. 5/2011, 1499 ss., con nota di CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 3636; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>41</sup> Cfr. l'art. 15 c.p.a. La nuova disciplina non modifica la scelta di fondo del legislatore a favore dell'inderogabilità della competenza, ma semplifica il procedimento per far valere l'incompetenza ed introduce un termine, entro cui è possibile sollevare la relativa questione ad istanza di parte.

<sup>42</sup> In particolare, il legislatore delegato ha dovuto adeguare la disciplina in questione a Corte Cost., 7 luglio 2010, n. 236, in *Giur. Cost.*, 2010, 2950 ss., con nota di CHIEPPA, *Riflessi sulla sentenza n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, che aveva dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost., l'art. 83-undecies del D.P.R. 16 maggio 1950, n. 570, nella parte in cui, secondo l'interpretazione tradizionale del Consiglio di Stato, considerava gli atti del procedimento preparatorio elettorale impugnabili, non immediatamente, ma solo con il verbale di proclamazione degli eletti. La nuova formulazione dell'art. 129, comma 1, c.p.a. prevede, ora, dunque la possibilità di impugnare "i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, regionali e per il rinnovo di membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia". Tuttavia, anche la disposizione in esame ha suscitato più di qualche perplessità in dottrina. Cfr., in proposito, PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, cit., 14 ss.

<sup>43</sup> Cfr. il nuovo art. 99, comma 1, c.p.a., nella parte in cui consente all'Adunanza Plenaria di rimettere gli atti alla sezione remittente, "qualora ne ravvisi l'opportunità". Al riguardo, v. PAJNO, *op. ult. cit.*, 13, secondo cui questo nuovo potere della Plenaria "deve necessariamente riferirsi ad una ipotesi non specificamente disciplinata, e cioè al caso che essa ritenga di non affrontare nemmeno la *quaestio iuris* prospettata e di non enunciare il principio di diritto, ma di restituire *tout court* l'affare alla Sezione".

Tuttavia, anche i suddetti decreti correttivi sono stati alquanto timidi nell'ampliare la sfera di tutela del privato.

Il primo, in particolare, pur avendo ammesso la domanda di accertamento, l'ha limitata ai soli casi espressamente previsti dalla legge, non uniformandosi, così, all'orientamento maggioritario del giudice amministrativo secondo cui detta azione esplicherebbe la sua massima portata di effettività, se fosse configurata come un'azione atipica<sup>44</sup>.

Con il secondo correttivo, invece, il Consiglio dei Ministri ha, ancora una volta, accolto solo in parte le proposte avanzate dalla Commissione Speciale, all'uopo appositamente riconvocata.

Quest'ultima aveva, infatti, previsto l'introduzione di una nuova disposizione, l'art. 28-*bis*<sup>45</sup>, che affermava definitivamente il principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo<sup>46</sup>. Tuttavia, di esso non vi è traccia nell'articolato definitivo del d.lgs. n. 190/2012, che, quanto alle azioni esperibili, ha disciplinato unicamente la domanda di adempimento.

L'intervento "sforbiciatore"<sup>47</sup> del Governo ha, inoltre, coinvolto il termine di decadenza per l'esercizio della domanda risarcitoria di cui all'art. 30 c.p.a.<sup>48</sup>: la Commissione Speciale aveva previsto una sua elevazione, dai centoventi giorni attualmente previsti, ad un anno; tuttavia, anche questa proposta non è stata condivisa dal legislatore delegato.

---

<sup>44</sup> Solo un'azione di accertamento configurata come una tutela atipica si ricollega alla pienezza della tutela imposta dall'art. 24 Cost. Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 18 luglio 2012, n. 6564, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Ad. Plen., 23 luglio 2011, n. 15, cit.

<sup>45</sup> L'art. 28-*bis*, rubricato "Tipo di azioni", prevedeva infatti che "Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio"

<sup>46</sup> Sul punto si vedano le considerazioni svolte da CARBONE, PIGNATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 153, secondo cui "nonostante i silenzi del Codice, confermati da un correttivo che ha rinunciato a priori ad interventi di carattere strutturale, l'esperibilità delle azioni non riproposte in modo esplicito nel testo definitivo non può essere [...] revocata in dubbio".

<sup>47</sup> L'espressione è di MERUSI, *A volte ritornano... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2012, 1124.

<sup>48</sup> Cfr. l'art. 30, comma 3, c.p.a., il quale, al primo periodo, afferma che "La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo".

## **2. Profili di diritto comparato**

Prima di analizzare la disciplina che il codice del processo amministrativo assegna ai rapporti tra il rimedio annullatorio e quello risarcitorio, è opportuno aprire una breve parentesi di diritto comparato.

Ciò si rende necessario non solo per appurare se anche negli altri sistemi giuridici europei si ponga o meno un problema di “pregiudizialità amministrativa” – e, nel caso affermativo, come esso venga risolto –, ma anche per inquadrare più correttamente la soluzione adottata dal legislatore italiano del 2010.

Come si vedrà, in tutti i principali ordinamenti europei emerge, al pari del nostro, il problema di regolare i rapporti tra la tutela costitutiva di annullamento e la tutela risarcitoria nei giudizi di responsabilità nei confronti della pubblica Amministrazione. Anche negli altri Paesi, inoltre, il tema è fortemente discusso e dibattuto, poiché nella maggior parte di essi manca una disciplina chiara ed univoca che regoli compiutamente i rapporti fra le due azioni.

Differenti sono, tuttavia, le soluzioni adottate nei vari sistemi giuridici posti in comparazione. Ciò nonostante, è possibile individuare un filo conduttore comune a quasi tutte le esperienze, ovvero l’affermarsi tra gli operatori giuridici europei di un approccio interpretativo non assolutistico, ma tendenzialmente flessibile al problema in esame, orientato a privilegiare l’analisi delle singole fattispecie concrete, a discapito dell’affermazione di regole e principi generali.

Volendo seguire uno schema logico nella trattazione, conviene allora cominciare con l’esame dei sistemi giuridici meno compromissori e più rigidi, come quello inglese e quello spagnolo, per poi passare allo studio degli ordinamenti via via più flessibili, come quello francese e, soprattutto, tedesco. In conclusione, un doveroso cenno va rivolto alla disciplina delineata dal diritto comunitario.

Orbene, sia in Spagna che in Gran Bretagna i rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria è regolata secondo uno schema assimilabile alla “pregiudizialità amministrativa” del diritto italiano pre-codicistico.

Il sistema spagnolo, in particolare, si fonda su puntuali disposizioni normative<sup>49</sup>, le quali espressamente condizionano l'ammissibilità della domanda risarcitoria, proposta nei confronti del soggetto pubblico, all'utile esperimento dei rimedi di tipo annullatorio.

Questi ultimi sono sia di tipo amministrativo<sup>50</sup>, che di natura giurisdizionale e tendono alla caducazione dell'atto illegittimo. In entrambi i casi, l'annullamento del provvedimento non comporta l'immediato ed automatico risarcimento del danno<sup>51</sup>, per il cui conseguimento il privato deve proporre apposita domanda innanzi al giudice amministrativo.

In dettaglio, il privato può seguire due strade: a) impugnare il provvedimento lesivo congiuntamente all'esperimento della tutela risarcitoria<sup>52</sup>; b) proporre l'azione risarcitoria dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, ovvero dopo aver ottenuto la rimozione dell'atto in sede amministrativa.

La domanda di risarcimento del danno è, inoltre, sottoposta ad un termine di prescrizione di un anno, che decorre da un diverso momento temporale, a seconda che detta azione venga proposta congiuntamente all'impugnazione, ovvero dopo aver ottenuto l'annullamento del provvedimento lesivo.

Nel primo caso, il *dies a quo* coincide con l'emanazione dell'atto lesivo o con la realizzazione del fatto dannoso, ovvero, ancora, con la manifestazione degli effetti pregiudizievoli<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Ci si riferisce all'art. 142 LPC (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*).

<sup>50</sup> Cfr. l'art. 142.1 LPC: "I procedimenti di responsabilità patrimoniale delle Pubbliche Amministrazioni possono essere iniziati d'ufficio o su istanza degli interessati".

<sup>51</sup> Cfr. l'art. 142.4 LPC secondo cui "L'annullamento in via amministrativa o in sede giurisdizionale-amministrativa degli atti o dei provvedimenti amministrativi non postula diritto a risarcimento del danno, tuttavia, laddove l'atto venga impugnato per ragioni sostanziali o formali, il diritto al risarcimento si prescrive entro un anno dal pronunciamento della sentenza definitiva, non trovando applicazione quanto disposto al punto 5".

<sup>52</sup> V. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., 209, il quale osserva che "in tal modo, la possibilità di spiccare un'azione risarcitoria disgiunta dall'azione di annullamento (o dall'esercizio di un rimedio, vuoi amministrativo, vuoi giurisdizionale, che comporti comunque la caducazione dell'atto materialmente lesivo) non è espressamente contemplata". Ciò si spiega alla luce della considerazione secondo cui, ad avviso della giurisprudenza spagnola, attraverso l'azione di responsabilità non è possibile ottenere lo stesso risultato conseguibile con la domanda di annullamento degli atti illegittimi.

<sup>53</sup> Cfr. l'art. 142.5 LPC: "In ogni caso, il diritto al risarcimento del danno si prescrive entro un anno dalla produzione del fatto o dall'emanazione dell'atto che giustifica il risarcimento o dalla

Nel secondo caso, detto termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, ovvero dalla conclusione del procedimento amministrativo di rimozione dell'atto<sup>54</sup>.

Alla medesima regola della "pregiudizialità dell'annullamento" è, inoltre, ispirato il modello adottato in Gran Bretagna.

In quel sistema, come è noto, valore assolutamente preponderante assume l'interpretazione giurisprudenziale, la quale, in merito al tema in oggetto, è alquanto rigida nel negare l'ammissibilità delle domande risarcitorie proposte in forma autonoma<sup>55</sup>.

Alla base dell'ordinamento inglese vi è, invero, la netta distinzione tra le posizioni di diritto soggettivo di carattere privatistico e quelle di diritto soggettivo di tipo pubblicistico: pur essendo entrambe giustiziabili innanzi al giudice ordinario, esse si differenziano in merito all'*ubi consistam* e alle tecniche di tutela loro riconosciute.

In particolare, il diritto soggettivo rientrante nella prima categoria attiene ai rapporti interprivati; quello del secondo tipo appartiene, invece, al soggetto che si confronti con un *public power* e che, in quanto tale, interferisce con l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione<sup>56</sup>.

Da questa distinzione di fondo deriva che, se la controversia ricade nell'ambito del diritto pubblico, essa va regolata secondo le regole pubblicistiche, tra cui quella che impone a chi voglia agire in sede risarcitoria di esperire, primariamente, i rimedi speciali di diritto amministrativo<sup>57</sup>.

---

manifestazione del suo effetto lesivo. In caso di danni di carattere fisico o psichico alle persone il tempo inizia a decorrere dalla guarigione o dalla determinazione delle conseguenze dannose".

<sup>54</sup> V. il già citato art. 142. 4 LPC.

<sup>55</sup> V. DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit.

<sup>56</sup> Cfr. WOOLF, *Il più grande risultato delle Corti inglesi* in AA. VV., *Cittadino e potere in Inghilterra. Linee di un dibattito in corso*, Milano, 1999, 188, il quale avverte che difendere i diritti di carattere pubblicistico "comporta delle interferenze con l'operato di coloro che hanno il compito di governarci", per cui "il cittadino dovrebbe riconoscere che le corti non possono attribuire ai suoi diritti di carattere pubblicistico la stessa onnipotenza pacificamente propria dei diritti di natura privatistica. Vi sono infatti dei delicati equilibri da garantire a questo proposito: nel cercare di proteggere i diritti «di diritto pubblico» di un soggetto, le corti non devono danneggiare gli interessi collettivi". Da quanto premesso emerge, quindi, una forte similitudine del diritto soggettivo pubblicistico affermatosi nel diritto inglese con l'interesse legittimo dell'ordinamento italiano.

<sup>57</sup> Si veda, tra tutti, il caso *O'Reilly vs Mackman* [1983] 2 AC 237, nel quale si afferma che il soggetto leso da una decisione della pubblica autorità deve subito scegliere quale rimedio azionare, se quello di matrice privatistica ovvero quello di tipo pubblicistico, con l'avvertenza che, se la

Detta regola, di matrice giurisprudenziale, è recepita, anche a livello legislativo, dalla normativa sul *judicial review*: giudizio, quest'ultimo, che può essere assimilato al processo di impugnazione previsto nel nostro ordinamento.

In dettaglio, ai sensi della *Rule 54.3 (2)* della *Part 54* delle *Civil procedure Rules* del 1998<sup>58</sup>, il soggetto danneggiato da un atto amministrativo può chiedere, nell'ambito del *judicial review* innanzi alla *High Court*, il risarcimento del danno, a condizione che il giudice si convinca che il ricorrente avrebbe avuto titolo a conseguire la riparazione del danno in un normale processo ordinario.

In ogni caso, la *Rule 54.3* esclude espressamente che il privato possa proporre la sola domanda risarcitoria.

Questo vuol dire che il soggetto, che si ritenga leso da un atto amministrativo, è tenuto ad esercitare l'azione di danno innanzi al giudice ordinario, previo esperimento della procedura del *judicial review*, entro il termine di decadenza di tre mesi, al fine di ottenere l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo.

Ad una soluzione diametralmente opposta a quella seguita in Spagna ed in Gran Bretagna, perviene, invece, l'ordinamento francese, che, in tema di responsabilità extracontrattuale nei confronti della pubblica Amministrazione, è di matrice prettamente giurisprudenziale, in quanto si deve al lavoro del *Conseil d'État* la regolamentazione del suo regime giuridico, sia sul piano sostanziale, che su quello processuale<sup>59</sup>.

Quanto al primo profilo, in particolare, giova ricordare che, nei giudizi di responsabilità civile nei confronti dell'Amministrazione, non assume rilevanza

---

causa ricade nell'ambito del diritto pubblico, poi la stessa dovrà essere regolata secondo le regole sue proprie, a cominciare da quelle che comportino delle preclusioni delle tutele ottenibili. Per uno studio del presente caso, che rappresenta il *leading case* della materia, si rimanda a SUNKIN, *Il judicial review e lo sviluppo del diritto pubblico in Inghilterra*, in AA. VV., *Cittadino e potere in Inghilterra. Linee di un dibattito in corso*, cit., 144 ss.

<sup>58</sup> Cfr. *Rule 54.3 (2)* CPR, secondo cui “*a claim for judicial review may include a claim for damages restitution or the recovery of sum due but may seek such a remedy alone*”, ossia: “la domanda di *judicial review* può comprendere una domanda di risarcimento del danno, di restituzione ovvero di recupero di una somma dovuta, ma non si può richiedere uno di tali rimedi autonomamente”.

<sup>59</sup> Sul tema si segnalano gli importanti contributi di SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di “interessi legittimi”, comparando in FALCON* (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2007, 227 ss.; DELFINO, *La responsabilità extracontrattuale dei soggetti pubblici in Francia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 554 ss.

l'accertamento dell'illegittimità degli atti amministrativi, in quanto non opera la clausola del "danno ingiusto" che, viceversa, connota il sistema giuridico italiano. Al contrario, è sufficiente accertare la presenza di un evento dannoso, inteso come "funzionamento anomalo del servizio pubblico"<sup>60</sup>, dal quale sia derivato un pregiudizio nella sfera del privato<sup>61</sup>.

Il sistema di giustizia amministrativa francese è, dunque, di tipo essenzialmente soggettivo, poiché mira soprattutto alla tutela del soggetto danneggiato, più che al ripristino della legalità violata<sup>62</sup>.

Questa impostazione di fondo si ripercuote, evidentemente, sul piano processuale, poiché comporta di necessità l'affermazione della regola dell'autonomia tra la domanda risarcitoria e quella impugnatoria. Poiché, invero, l'illegittimità degli atti amministrativi passa in secondo piano, il privato può ben tutelare la sua posizione giuridica esercitando unicamente la domanda di risarcimento del danno.

Alla luce di ciò, parte della dottrina italiana<sup>63</sup> ritiene che l'opzione seguita in Francia sia quella dell'autonomia o, meglio, della totale indifferenza dell'impugnazione dell'atto amministrativo rispetto alla successiva richiesta risarcitoria.

Tuttavia, a ben vedere, non è proprio così, in quanto la giurisprudenza d'Oltralpe se, da un lato, sostiene la validità della regola dell'autonomia, dall'altro lato, riconduce la mancata impugnazione dell'atto illegittimo nell'ambito del giudizio di accertamento dei requisiti sostanziali dell'evento dannoso, ovvero del

---

<sup>60</sup> Cfr. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., 206.

<sup>61</sup> Si veda, in questo senso, DE PRETIS, *op. ult. cit.*: "presupposto dell'accertamento della responsabilità della p.a. non è infatti (almeno non in via diretta) il sindacato sulla condotta dell'amministrazione e sulla sua illegittimità, ma invece il riscontro dell'esistenza di una lesione e della violazione di una norma giuridica; ciò che concettualmente di per sé escluderebbe addirittura la necessità del previo accertamento dell'illegittimità dell'atto".

<sup>62</sup> Di "piena giurisdizione" del giudice amministrativo parla DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna, e nell'Unione europea*, Trento, 2000, 58 ss. Nello stesso senso, v. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 269 ss.

<sup>63</sup> Cfr. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 909, per i quali "l'ordinamento francese è quello in cui si registra la posizione più netta in favore della autonomia fra azione risarcitoria e azione annullatoria e ciò va letto nell'ambito della specialità, che caratterizza il diritto di responsabilità civile dell'amministrazione francese". Nello stesso senso, v. FELIZANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisprudenza amministrativa*, cit., 198, in nota 64; nonché CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, 199 ss.

nesso di causalità, giungendo, per questa via, a riduzioni quantitative del risarcimento<sup>64</sup>. Ne consegue, allora, che al privato danneggiato convenga, comunque, impugnare il provvedimento illegittimo, così da evitare il rischio di vedere ridotto l'ammontare del risarcimento<sup>65</sup>.

Il medesimo approccio sostanzialistico è ancora più evidente in Germania, laddove vi è un'espressa previsione normativa che direttamente condiziona l'ammontare del risarcimento del danno alla mancata impugnazione dell'atto illegittimo.

La norma di riferimento è, più specificamente, il par. 839 del BGB<sup>66</sup>, dedicato alle pretese risarcitorie derivanti dalla responsabilità extracontrattuale del pubblico funzionario per violazione di un dovere d'ufficio. La relativa azione si prescrive nel termine di 3 anni<sup>67</sup> e va portata al vaglio del giudice civile<sup>68</sup>.

Vi sono, poi, le disposizioni del codice del processo amministrativo (la *Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO) che disciplinano le azioni esperibili in

---

<sup>64</sup> Cfr. DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit., secondo cui "l'opzione francese è dunque nel senso di una indifferenza processuale al rapporto fra le azioni [...] ma di un recupero della specialità del rapporto amministrazione/cittadino sul piano delle regole sostanziali della responsabilità della prima per *faute de service*. Così, ad esempio, i giudici amministrativi francesi sono più generosi di altri nel concedere il risarcimento dei danni causati da decisioni sbagliate della p.a., ma tendono a limitare la misura dei danni risarcibili attraverso l'applicazione diversamente bilanciata, caso per caso, dei criteri di legalità, di nesso di causalità diretta, di danno attuale e certo e di corresponsabilità nell'*illegalité*, i quali finiscono spesso per risolversi in tecniche di limitazione, almeno quantitativa, del risarcimento". V., altresì, CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 453, secondo cui, in questo modo "si abbraccia una prospettiva di stampo schiettamente sostanzialistico".

<sup>65</sup> Alle medesime conclusioni interpretative, ma per il tramite di un differente percorso argomentativo, giunge, altresì, CORTESE, *op. ult. cit.*, il quale fa notare che, se si prescinde dalla ricognizione delle sorti pubblicistiche della vicenda amministrativa, il risarcimento del danno finisce per avere natura praticamente indennitaria. "Sicché, se ne dovrebbe dedurre che, pur a fronte di un regime esplicito di autonomia dell'azione risarcitoria, quest'ultima non potrebbe comunque assicurare il ristoro cui il danneggiato avrebbe "diritto" laddove avesse tempestivamente promosso il corrispondente rimedio di annullamento". Ne deriva, allora, che il privato sarebbe indotto ad impugnare il provvedimento illegittimo, onde conseguire l'integrale riparazione del danno subito.

<sup>66</sup> Il quale recita: "1. Se un funzionario viola con dolo o colpa un dovere d'ufficio che egli ha di fronte ad un terzo, allora deve risarcire al terzo i danni che da ciò sono derivati. Nell'ipotesi in cui la violazione sia soltanto colposa, il funzionario può essere chiamato a rispondere soltanto se il danneggiato non è in grado di ottenere il risarcimento in altro modo. 2. Tali regole valgono anche per coloro che violano i propri doveri d'ufficio pronunciando una decisione relativamente ad una controversia giuridica, purché la violazione del dovere d'ufficio consista nella realizzazione di una fattispecie di reato. Questa previsione non trova applicazione in caso di scorretto rifiuto o ritardo nell'esercizio dell'ufficio. 3. Non sussiste l'obbligo risarcitorio laddove il danneggiato ha colposamente o dolosamente omissso di impedire il danno mediante l'esercizio di uno specifico rimedio."

<sup>67</sup> Cfr. Parr. 194 ss. BGB

<sup>68</sup> Cfr. par. 40, Abs. 2, VwGO.



quel giudizio. In particolare, il par. 42 *VwGO*<sup>69</sup> si occupa della domanda di annullamento giurisdizionale, la quale va proposta entro il termine di decadenza di un mese, innanzi al giudice amministrativo.

Per quanto riguarda, poi, i rapporti tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento, il sistema tedesco è impostato secondo la regola dell'autonomia tra i due giudizi, i quali si svolgono innanzi a due giudici diversi seguendo le rispettive regole processuali.

Non vi è, dunque, alcuna preclusione di tipo processuale all'ammissibilità della domanda risarcitoria, che venga proposta senza richiedere ed ottenere l'annullamento dell'atto lesivo, della cui illegittimità può, quindi, ben conoscere il giudice ordinario in via incidentale ed anche se sia scaduto il termine per impugnare<sup>70</sup>.

L'affermazione della regola dell'autonomia in Germania è, a ben guardare, una logica conseguenza della diversità di poteri di cui sono dotati i due giudici in quel sistema.

Il giudice amministrativo è, infatti, l'unico organo deputato ad annullare gli atti illegittimi, mentre quello civile è l'unico dotato del potere risarcitorio. Se, quindi, si condizionasse l'ammissibilità del rimedio risarcitorio all'utile esperimento di quello impugnatorio, la tutela del privato sarebbe oltremodo gravosa e non effettiva, in quanto egli sarebbe costretto a rivolgersi a due giudici per ottenere il risarcimento del danno.

---

<sup>69</sup> Che così recita: "1. Attraverso l'azione giudiziaria si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo (azione di impugnazione) ovvero la condanna all'emanazione di un atto amministrativo rifiutato od omesso (azione di adempimento). 2. Salvo che la legge non disponga altrimenti, l'azione è ammissibile solo se l'attore fa valere di essere leso nei suoi diritti dall'atto amministrativo, dal rifiuto o dall'omissione di quest'ultimo."

<sup>70</sup> In questo senso si esprime la nota sentenza del 15 novembre 1990 della Corte Suprema Federale tedesca (BGH), in *BGHZ*, 113, 17 ss., la quale, a sostegno dell'ammissibilità dell'accertamento incidentale dell'illegittimità di un provvedimento inoppugnato da parte del giudice ordinario, adduce una considerazione che val la pena riportare in questa sede. Secondo il BGH, invero, "se [...] l'annullamento del provvedimento lesivo avesse costituito l'oggetto di un processo amministrativo, allora la forza giuridica di una sentenza che avesse in ipotesi respinto il ricorso come infondato avrebbe abbracciato anche la questione della legittimità sostanziale del provvedimento medesimo; quindi, l'attore non avrebbe più potuto fondare la sua pretesa risarcitoria [...] sul fatto che il provvedimento avesse un contenuto errato". Viceversa, conclude il giudice tedesco, "ad un provvedimento amministrativo, diventato stabile senza la cognizione di un giudice, non deriva un'efficacia pari a quella che in quel caso avrebbe ricevuto, e pertanto non può ad esso riconoscersi un'efficacia giuridicamente vincolante per i tribunali civili".

Il principio dell'autonomia, invece, aggira efficacemente questo problema, permettendo al danneggiato di esercitare la domanda di condanna al risarcimento del danno anche indipendentemente da un'eventuale impugnazione del provvedimento illegittimo.

L'ordinamento tedesco non è, però, indifferente all'eventuale mancata proposizione dell'azione di annullamento, tanto che, ai sensi del par. 839, Abs. 3, del BGB, "non sussiste l'obbligo risarcitorio laddove il danneggiato ha colposamente o dolosamente omesso di impedire il danno mediante l'esercizio di uno specifico rimedio".

Più nel dettaglio, tra gli "specifici rimedi" attivabili dal danneggiato, rientrano non solo i ricorsi amministrativi o le istanze cautelari, ma anche l'impugnazione in sede giurisdizionale degli atti illegittimi<sup>71</sup>. Pertanto, l'omessa impugnazione del provvedimento amministrativo assume, in virtù del citato par. 839 del BGB, rilevanza in sede di quantificazione del risarcimento del danno, in quanto il giudice non deve risarcire quelle voci del pregiudizio, che il privato avrebbe potuto evitare esercitando l'azione di annullamento.

Si tratta, a ben vedere, di una norma che codifica un'ipotesi di concorso di colpa del danneggiato nell'aggravamento delle sue condizioni pregiudizievoli.

In particolare, la mancata attivazione del rimedio costitutivo assume importanza in sede di accertamento del nesso di causalità, che avvince l'evento dannoso alle conseguenze pregiudizievoli patite dal privato. Sicché, l'omessa impugnazione del provvedimento, dovuta a dolo o a colpa del danneggiato, può rilevare come causa di interruzione del nesso eziologico e, di conseguenza, condurre il giudice civile ad una corrispondente riduzione del risarcimento.

---

<sup>71</sup> V., in proposito, CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo il quale "entro la nozione di mezzo di impugnazione non rientra solo l'azione giurisdizionale, ma rientrano anche l'opposizione in via gerarchica e rimedi di carattere meno formale, come reclami e richieste di rettifica". *Contra*, v. CORTESE, *op. ult. cit.*, secondo cui in questa definizione non potrebbero invece rientrare gli altri rimedi di tipo "non formali". L'A. ritiene, invero, che "tale interpretazione estensiva" non è condivisibile "poiché essa renderebbe sostanzialmente indeterminata ed incerta la pratica accertabilità dell'eccezione così prevista: le conseguenze dell'attivazione dei rimedi "non formali", infatti, non sono predeterminabili".

Alla luce di ciò, si può allora ben ritenere che il modello tedesco è quello dell’“autonomia temperata”<sup>72</sup>, ovvero della “pregiudizialità sostanziale”<sup>73</sup>, poiché l’omessa impugnazione dell’atto amministrativo, lungi dal determinare l’inammissibilità, sul piano processuale, della domanda risarcitoria autonoma, assume rilevanza in sede di accertamento del requisito sostanziale del nesso di causalità.

Ben più articolata, ma dai risvolti applicativi non dissimili da quelli propri del sistema tedesco, è l’opzione seguita dal diritto comunitario in tema di responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni Europee da atti individuali illegittimi.

La disciplina in questione trae origine da scarse disposizioni normative, accompagnate da una più cospicua ed intensa attività giurisprudenziale.

Sul piano del diritto positivo, in particolare, gli artt. 268 e 340 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) prevedono che l’Unione debba risarcire i danni cagionati dalle sue Istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni, a seguito di un giudizio risarcitorio promosso innanzi alla Corte di Giustizia<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Così, FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisprudenza amministrativa*, cit., 198. Cfr., altresì, FALCON, *La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009, 264, secondo cui quello tedesco è il “modello della (semplice) rilevanza”, che “si fonda sull’idea che il danneggiato è esso stesso responsabile del danno che avrebbe evitato con l’esercizio dell’azione specifica”. Interessante è, inoltre, lo spunto ricostruttivo avanzato da CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento amministrativo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, cit., 547-548, secondo cui “l’affermazione teorica dell’autonomia dell’azione risarcitoria deve essere concretamente ridimensionata [...] a fronte della circostanza che la fattispecie in cui si riconosce [...] simile regime di autonomia non è, per vero, quella tipica del danno inferto a situazioni soggettive «disponibili» dal potere pubblico, bensì quella (diversa) della responsabilità del pubblico funzionario per violazione dei propri doveri d’ufficio”.

<sup>73</sup> In questo senso, GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1505. Cfr., altresì, DE PRETSI, *op. utl. cit.*, secondo cui la pregiudizialità dei rimedi pubblicistici sussiste in applicazione della norma di diritto sostanziale (§ 839, Abs. 1 e 3, BGB). “Con la conseguenza che nella quasi totalità dei casi – e in sostanza con esclusione solo del caso in cui all’interessato sia possibile dimostrare che, pur usando l’ordinaria diligenza, non gli sarebbe stato possibile esercitare l’azione di annullamento – la proposizione dell’azione di danno richiede la preventiva impugnazione del provvedimento lesivo”. Nello stesso senso, CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 194.

<sup>74</sup> Cfr. l’art. 268 TFUE: “La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all’art. 340, secondo e terzo comma”. L’art. 340, comma 2, TFUE, a sua volta, dispone che “In materia di responsabilità extracontrattuale, l’Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni”. L’azione

Del giudizio di annullamento si occupa, invece, l'art. 263 TFUE<sup>75</sup>, il quale devolve alla Corte di Giustizia il controllo di legittimità degli atti delle Istituzioni Comunitarie, che il ricorrente deve impugnare entro il termine di decadenza di due mesi<sup>76</sup>.

La regolamentazione dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela costitutiva è, invece, pressoché dovuta al lavoro della giurisprudenza comunitaria.

A tal proposito giova evidenziare che l'approccio del giudice europeo al tema in esame è prettamente concreto e poco formale, in quanto si preoccupa prevalentemente di garantire l'effettività della tutela degli interessi in gioco, a discapito dell'affermazione di principi di portata più generale.

A riprova di ciò, va osservato che, se le prime decisioni intervenute in materia sembrano sostenere la regola della pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto a quello risarcitorio<sup>77</sup>, quelle successive paiono aderire alla

---

di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 340 TFUE va esercitata nel termine di prescrizione di cinque anni. A tal proposito, cfr. l'art. 46, comma 1, dello Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea: "Le azioni contro l'Unione in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono in cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine. La prescrizione è interrotta sia dall'istanza presentata alla Corte di giustizia, sia dalla preventiva richiesta che il danneggiato può rivolgere all'istituzione competente dell'Unione. In quest'ultimo caso l'istanza deve essere proposta nel termine di due mesi previsto dall'articolo 263 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea; sono applicabili, quando ne sia il caso, le disposizioni di cui all'articolo 265, secondo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

<sup>75</sup> Cfr. l'art. 263, comma 1, TFUE, secondo cui "La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi". Per la disciplina del relativo giudizio v. commi 2-5 del medesimo art. 263 TFUE.

<sup>76</sup> Cfr., l'art. 263, comma 6, TFUE: "I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza".

<sup>77</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Corte di Giustizia, 15 luglio 1936, in causa C-25/63, *Plauman*, in Racc., 1936, 197 ss. La pronuncia riguarda il caso di una società tedesca che, dopo aver impugnato un atto della Commissione che le imponeva il pagamento di un dazio doganale, chiede il risarcimento del danno, quantificandolo in un ammontare pari alle somme che la stessa aveva già versato a titolo di imposta. L'atto, pur essendo regolarmente impugnato, non viene tuttavia annullato dal giudice europeo. Di conseguenza, la Corte afferma che "un atto amministrativo che non sia stato annullato non può di per sé costituire un illecito, né causare quindi un danno agli amministrati. La domanda di risarcimento non è perciò ammissibile, non potendo la Corte eliminare per tale via le conseguenze giuridiche di un provvedimento che non è stato annullato". Sul punto, v. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 395, il quale definisce la posizione assunta in quell'occasione dal giudice comunitario come "restrittiva", poiché aveva affermato "l'irricevibilità di un'azione di risarcimento basata sulla illegittimità di un atto che non era stato tempestivamente oggetto di un'azione di annullamento, in quanto altrimenti si sarebbe

tesi dell'autonomia<sup>78</sup>. Non si tratta, però, di una contraddizione nella giurisprudenza comunitaria, poiché, a ben vedere, nel corso degli anni, la Corte ha solo rivisitato ed implementato il suo orientamento originario<sup>79</sup>.

Si può, pertanto, ritenere che secondo la Corte di Giustizia il sistema europeo dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela costitutiva si fondi sulla regola dell'autonomia. Ciò lo si deduce, in particolare, dalla semplice considerazione secondo cui i suddetti rimedi presentano una natura giuridica differente, sono regolati da una diversa disciplina giuridica e perseguono interessi altrettanto disomogenei<sup>80</sup>.

Dunque, se il privato agisce in sede risarcitoria senza richiedere preventivamente l'annullamento del provvedimento, il giudice non può, per ciò solo, ritenere "irricevibile" la sua domanda; inoltre, all'attivazione del giudizio risarcitorio autonomo non osta nemmeno l'intervenuta decadenza dell'azione di impugnazione<sup>81</sup>.

---

potuto conseguire con diversa procedura un risultato che il sistema comunitario vincola a precisi termini e condizioni". Di "posizione apparentemente in termini di pregiudizialità dell'annullamento" parla, in proposito, DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit.

<sup>78</sup> Ciò avviene dagli anni settanta in poi. Cfr., Corte di Giustizia, 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lütticke*, in *Racc.*, 1971, 325 ss. Il caso attiene ad una richiesta di risarcimento danni derivante dalla mancata adozione da parte della Commissione di una direttiva o di una decisione nei confronti della Repubblica Federale Tedesca. Si tratta, dunque, di un giudizio risarcitorio che si affianca ad un processo "in carenza", di cui all'attuale art. 265 TFUE. In quell'occasione i giudici di Lussemburgo affermano che "l'azione di danni [...] è concepita dal trattato come un rimedio autonomo, dotato di una propria funzione che lo distingue dalle altre azioni esperibili e sottoposto a condizioni di esercizio che tengono conto del suo oggetto specifico". Nello stesso senso si esprime Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, in causa C-175/84, *Krohn*, in *Racc.*, 753 ss. che precisa e circoscrive il principio di diritto affermato nella sentenza *Plauman*: in particolare, questo andrebbe limitato al "caso eccezionale in cui un'azione di risarcimento danni è diretta alla corresponsione di una somma di importo pari a quello dei dazi pagati dalla ricorrente in esecuzione di una decisione individuale divenuta definitiva e avrebbe per effetto, nell'ipotesi di suo accoglimento, di eliminare gli effetti giuridici della decisione medesima". Nel senso dell'autonomia tra le due azioni, v., ancora, Corte di Giustizia, 17 maggio 1990, in causa C-87/79, *Sonito*, in *Racc.*, 1990, I, 1981 ss.

<sup>79</sup> Cfr. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., 80, secondo cui "«il criterio ispiratore» delle letture offerte in sede sopranazionale è rimasto comunque «costante»".

<sup>80</sup> Cfr. GRECO, CHITI (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 745, il quale avverte che "la Corte di giustizia ha sempre rifiutato di trarre dalle limitazioni poste ai singoli per l'azione di annullamento e per l'azione in carenza analoghi limiti per l'azione di danno, che a ragione viene dunque considerata come l'«estremo rimedio». V. altresì CORTESE, *op. utl. cit.*, 112, il quale fa notare che l'esito del rimedio risarcitorio si distingue da quello di annullamento, in quanto il primo, a differenza del secondo, "spiega un'efficacia limitata alle parti della controversia".

<sup>81</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, in causa C-175/84, *Krohn*, cit.: "l'azione di danni di cui agli artt. 178 e 215, 2° comma, del trattato è stata istituita come rimedio autonomo, dotato di una funzione particolare. Essa si differenzia in particolare dal ricorso di annullamento in quanto è

Tanto premesso, i giudici europei non si mostrano, però, affatto indifferenti al cospetto di un'eventuale mancata attivazione della tutela costitutiva da parte del ricorrente.

Si sostiene, a tal proposito, che il danneggiato non possa, per il tramite della tutela risarcitoria, perseguire quelle medesime utilità che gli deriverebbero direttamente dall'annullamento di un atto che non abbia impugnato entro i termini<sup>82</sup>. Altrimenti – è il ragionamento della Corte – una richiesta orientata in tal senso si tradurrebbe in un inammissibile sviamento della tutela giurisdizionale<sup>83</sup> da parte del privato.

Ne consegue, allora, che un'eventuale domanda risarcitoria, tendente ad ottenere quello stesso risultato che il danneggiato avrebbe potuto conseguire con l'annullamento del provvedimento rimasto inoppugnato, sarebbe – questa sì – inammissibile<sup>84</sup>. Ciò potrebbe accadere, per esempio, qualora il ricorrente chieda un risarcimento pari all'importo di una somma che abbia già versato all'Amministrazione in esecuzione dell'atto contestato<sup>85</sup>, ovvero quando la via della tutela risarcitoria finisca per tradursi in una sostanziale richiesta di revoca di provvedimenti amministrativi oramai divenuti stabili<sup>86</sup>.

---

diretta non all'eliminazione di un determinato provvedimento ma al risarcimento del danno causato da un'istituzione. Ne consegue che l'esistenza di una decisione individuale divenuta definitiva non può ostare alla ricevibilità di un siffatto ricorso”.

<sup>82</sup> Così, Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, in causa C-175/84, *Krohn*, cit., nonché Tribunale di primo grado, 6 marzo 2008, in causa F-55/07, *Tiralongo*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), secondo cui “un funzionario che ha omissso di impugnare gli atti che considera lesivi proponendo tempestivamente un ricorso d'annullamento non può sanare questa omissione e, in un certo senso, procurarsi un nuovo termine di impugnazione per il tramite di una domanda di risarcimento”. Nei medesimi termini si esprime la nota sentenza della Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, in *Racc.*, 1996, 1029 ss., sebbene si tratti di una pronuncia relativa alla diversa questione della responsabilità degli Stati membri per mancata attuazione del diritto comunitario. In dottrina v. CORTESE, *op. ult. cit.*, secondo cui l'azione di danno, pur essendo formalmente autonoma, “non può comunque esercitarsi nelle ipotesi nelle quali l'attore si proponga di raggiungere il medesimo fine che avrebbe potuto conseguire con l'esperimento di un rimedio caducatorio che gli è tuttavia precluso”.

<sup>83</sup> In questi termini, v. Corte di Giustizia, 17 dicembre 1981, cause riunite 197-200, 243, 245 e 248/50, *Ludwigshafener*, in *Racc.*, 1981, 3211 ss.

<sup>84</sup> Cfr. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, cit., 484, il quale osserva che “l'azione risarcitoria risulta preclusa ove miri ad ottenere lo stesso risultato dell'annullamento dell'atto. Il quale, peraltro, è chiaramente inteso [...] nel senso che tale preclusione sussiste allorché l'annullamento sarebbe in grado di eliminare il pregiudizio”.

<sup>85</sup> È il caso della sentenza *Plauman*.

<sup>86</sup> Si tratta del caso affrontato nella sentenza del Tribunale di Primo Grado, 15 marzo 1995, in causa T-514/93, *Cobrecap*, in *Racc.*, 1995, II, 621 ss., il quale, al punto 59 della motivazione afferma che in deroga al principio dell'autonomia, “è stato tuttavia ritenuto che l'irricevibilità della

In entrambi i casi, la domanda risarcitoria sarebbe, dunque, inammissibile perché manifesterebbe un uso abusivo delle regole processuali da parte del ricorrente, il quale in questi casi potrebbe ottenere i medesimi risultati con l'utilizzo del rimedio appositamente predispostogli dal legislatore, ovvero con l'azione di impugnazione.

L'approccio sostanzialistico e concreto del giudice comunitario si manifesta, poi, sotto un altro profilo.

La giurisprudenza comunitaria tende, infatti, a considerare l'omessa proposizione della domanda di annullamento anche sul piano della fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dal privato.

Ciò avviene, specificamente, quando si accerti che l'omessa impugnazione del provvedimento avrebbe evitato l'aggravarsi delle conseguenze patrimoniali derivanti dall'illecito<sup>87</sup>. In questi casi, non si potrebbero, invero, imputare alle Istituzioni Comunitarie quei pregiudizi che, sebbene derivino da un loro atto illegittimo, il privato non abbia evitato perché non ha esercitato l'azione di annullamento<sup>88</sup>.

Detto altrimenti, sarebbe ravvisabile in tali ipotesi un concorso di colpa del danneggiato, come tale, idoneo ad interrompere il nesso di causalità che avvince l'evento dannoso, arrecato dal provvedimento illegittimo, alle conseguenze pregiudizievoli subite dal privato<sup>89</sup>.

---

domanda d'annullamento implichi quella della domanda risarcitoria, laddove il ricorso proposto ai fini del risarcimento del danno sia in realtà diretto alla revoca di una decisione individuale divenuta definitiva e avrebbe per effetto, nell'ipotesi di un suo accoglimento, di eliminare gli effetti giuridici della decisione medesima”.

<sup>87</sup> Cfr., *ex multis*, Tribunale di Primo Grado, 8 maggio 2001, in causa T-182/99, *Caravelis*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), secondo cui la domanda risarcitoria dovrebbe restare preclusa qualora l'interessato abbia contribuito al danno omettendo di impugnare, come avrebbe potuto, l'atto lesivo. La medesima pronuncia è richiamata da DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit.

<sup>88</sup> V., a tal proposito, CARINGELLA, *op. ult. cit.*, 453, secondo cui l'ordinamento comunitario “considera l'omesso ricorso ai mezzi impugnatori idonei ad evitare il danno come condotta colposamente omissiva che si rifrange sulla non meritevolezza di tutela da valutare in concreto e non a guisa di astratta forza caudina processuale”; nonché, GRECO, CHITI (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 747, secondo cui “ferma restando la «ricevibilità» dell'azione, sembra escluso che possa essere ottenuto attraverso l'azione di danno un risultato corrispondente a quello proprio dell'azione di annullamento, e sembra anche improbabile che venga riconosciuto il risarcimento di danni che avrebbero potuto essere evitati attraverso una tempestiva impugnazione”.

<sup>89</sup> Cfr. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., 113-114.

Da quanto fin qui premesso si può, allora, concludere che nel sistema comunitario la mancata impugnazione dell'atto lesivo ha un duplice ruolo nel giudizio risarcitorio autonomo: *in primis*, può rilevare come causa di inammissibilità, sul piano processuale, dell'azione di danno, qualora questa miri a conseguire i medesimi risultati ottenibili da un annullamento oramai precluso per l'intervenuta decadenza; *in secundis*, può determinare, sul terreno sostanziale, l'infondatezza della pretesa risarcitoria, qualora detta condotta si traduca in un concorso di colpa del danneggiato.

### **3. L'art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: vera autonomia o pregiudizialità mascherata?**

Tornando all'ordinamento italiano, i rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria è specificamente regolata dall'art. 30 c.p.a., espressamente dedicato all'"azione di condanna"<sup>90</sup>.

Il primo comma, in particolare, prevede che la domanda di condanna, genericamente intesa, "può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma".

Il terzo comma, a sua volta, occupandosi della domanda di condanna al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, dispone, in modo

---

<sup>90</sup> Che così dispone: "1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo".



innovativo rispetto al passato, che detta azione vada “proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”<sup>91</sup>. Il secondo inciso del comma 3 afferma, poi, che “nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

Anche l’art. 30 c.p.a. ha subito un lungo ed articolato *iter* approvativo.

Più nel dettaglio, i lavori preparatori si sono prevalentemente concentrati sul termine di decadenza della domanda risarcitoria e sull’onere di diligenza richiesto al danneggiato dalla parte finale del terzo comma.

Quanto al termine decadenziale, va ricordato che la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato aveva inizialmente sottoposto la proposizione dell’azione di danno ad un più lungo termine di centottanta giorni, decorrenti dalla verifica del fatto dannoso, ovvero dalla conoscenza dell’atto lesivo<sup>92</sup>.

Questa disposizione si iscriveva perfettamente nella medesima logica di garanzia dell’effettività della tutela del cittadino, che contraddistingueva le altre proposte presenti nella bozza di codice<sup>93</sup>. Un termine di decadenza di sei mesi avrebbe, infatti, rappresentato un giusto compromesso tra l’interesse dell’Amministrazione a non essere esposta troppo a lungo alle pretese del privato, e quello di quest’ultimo a disporre di un congruo arco temporale entro cui decidere se esperire o meno l’azione risarcitoria<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Non va dimenticato, infatti, che secondo l’orientamento tradizionale della giurisprudenza, sia amministrativa che ordinaria, l’azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti della p. A. andava proposta entro il termine di prescrizione di cinque anni. Ciò derivava essenzialmente da due motivi: *in primis*, dalla generale configurabilità della responsabilità dell’Amministrazione nell’ambito del paradigma aquiliano, di cui all’art. 2043 c.c.; *in secundis*, dalla mancanza di un’espressa disposizione normativa che, in deroga alla disciplina generale di cui all’art. 2947, comma 1, c.c., prevedesse un diverso termine di prescrizione, ovvero sottoponesse l’azione di danno ad un termine di decadenza.

<sup>92</sup> Cfr. l’art. 39 della bozza di codice, il cui comma 4, primo periodo, prevedeva che “L’azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”.

<sup>93</sup> Di cui si è dato conto al par. 1 del presente capitolo.

<sup>94</sup> Di prescrizione breve parla, invece, MERUSI, *Atti del Seminario “La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo”*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo

La proposta era stata, inoltre, condivisa dalle Commissioni Giustizia ed Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, alle quale l'Esecutivo aveva inviato l'articolato per il loro parere<sup>95</sup>.

Tuttavia, il Governo, condividendo le preoccupazioni del Ministro dell'Economia e delle Finanze in merito al contenimento della spesa pubblica<sup>96</sup>, decideva di non tenerne conto e di confermare l'attuale termine di decadenza di centoventi giorni<sup>97</sup>.

Più tortuoso è stato il percorso formativo del secondo periodo del terzo comma dell'art. 30, il quale ha visto l'alternarsi di diverse formulazioni, a seconda della prevalenza, volta per volta, della tesi favorevole all'autonomia, ovvero di quella a sostegno della pregiudiziale<sup>98</sup>.

In particolare, lo schema di codice predisposto dalla Commissione Speciale configurava come meramente facoltativo il potere del giudice amministrativo di escludere dal risarcimento quei pregiudizi che il privato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza. Inoltre, si specificava che, tra gli

---

*Sraffa*" dell'Università Bocconi di Milano e della Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, cit.: "per evitare che nei confronti della p. a. fossero proposte azioni di responsabilità a distanza anche di molti anni si era optato per l'introduzione di una *prescriptio brevis* sul modello di quanto fatto di recente in materia di società commerciali".

<sup>95</sup> Cfr. COMPORTI, *Il Codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, cit. Di contrario avviso era, invece, la Commissione Affari Costituzionali del Senato, che aveva, invece, apprezzato la modifica governativa. Si veda, altresì, DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, cit., il quale aveva auspicato che il testo della Commissione Speciale fosse ripristinato, "almeno nei punti più significativi", tra i quali "innanzitutto e soprattutto", quello concernente la pregiudiziale amministrativa, in relazione alla quale il Governo aveva limitato "la portata della soluzione proposta dallo schema".

<sup>96</sup> Cfr. il comunicato del Consiglio dei Ministri n. 89 del 16 aprile 2010, già citato nel par. 1 del presente capitolo.

<sup>97</sup> In senso critico alla scelta del Governo, v. LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 270, secondo cui si tratta di "un'opinabile scelta governativa che confina in spazi troppo angusti – temporali e sostanziali [...] – il rimedio ristorativo"; VARRONE, *Commento agli articoli 29-32*, in SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, 154, il quale dopo aver affermato che "sarebbe stato utile che l'azione risarcitoria a seguito di atti illegittimi fosse sottoposta ad un termine più consistente di quello normativamente previsto" conclude che "l'inerzia del legislatore [...] potrebbe provocare inconvenienti seri che potrebbero far rimpiangere la superata pregiudizialità"; PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, cit. Si veda, inoltre, CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, cit.: "la riduzione da 180 a 120 giorni, operata dal Governo, è una scelta opinabile, ma di per sé compatibile con i principi costituzionali".

<sup>98</sup> Cfr. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

strumenti di tutela azionabili dal privato, vi rientrava anche “l’invito all’autotutela”<sup>99</sup>.

Come è evidente, quest’ultima precisazione non era di poco conto perché responsabilizzava fortemente l’Amministrazione danneggiante a rimuovere la fonte del pregiudizio<sup>100</sup> a tutto vantaggio del privato danneggiato.

Le proposte in esame non venivano, però, accolte dal Governo, che si limitava alla sostituzione della facoltatività della valutazione giudiziale di riduzione del risarcimento, espressa dalla locuzione “può escludere”, con il più tassativo “comunque esclude”. Veniva, inoltre, eliminato il riferimento all’invito all’autotutela e si includeva, tra gli strumenti di tutela azionabili dal privato, unicamente “l’impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi di interessi legittimi”<sup>101</sup>.

La prima modifica appare sicuramente condivisibile, poiché non avrebbe senso configurare come discrezionale il potere del giudice di ridurre il risarcimento, allorquando dovessero risultare integrati tutti i presupposti per affermare una responsabilità del danneggiato nel non aver evitato il danno<sup>102</sup>.

A diverse conclusioni si deve pervenire, invece, in relazione alla seconda modifica, la quale probabilmente dissimulava la preferenza del Consiglio dei Ministri (che – lo si ricorda – è pur sempre una pubblica Amministrazione) a

---

<sup>99</sup> Cfr. l’art. 39, comma 4, del progetto di codice, che, alla seconda parte, così, recitava: “Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e può escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esercizio dei mezzi di tutela o l’invito all’autotutela”.

<sup>100</sup> COMPORTI, *op. ult. cit.*, secondo cui l’ampia formulazione della norma, come proposta dalla Commissione, sarebbe servita “non solo per valorizzare l’esperimento di una più vasta gamma di rimedi ed iniziative di tutela, ma anche al fine di responsabilizzare la parte pubblica nell’adozione di decisioni auto correttive a fronte di semplici segnalazioni del privato”.

<sup>101</sup> La formulazione della norma, come revisionata dal Consiglio dei Ministri, risultava quindi essere la seguente: “Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi”.

<sup>102</sup> Cfr. MERUSI, *op. ult. cit.*, il quale, accanto a questa ragione di fondo, evidenzia che la nuova formulazione sia preferibile perché “con questa più categorica previsione, si riescono a soddisfare le esigenze, connaturate al processo amministrativo, di un contemperamento tra la tutela non solo dell’interesse del privato, ma anche dell’interesse pubblico”; nonché, CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 910, per i quali, con questa modifica “la norma approvata è coerente con la disposizione civilistica”. In senso contrario alla scelta del Governo, v. COMPORTI, *op. ult. cit.*, secondo cui “la riserva al prudente apprezzamento del giudice in relazione alle circostanze di fatto rilevanti” avrebbe favorito “atteggiamenti interpretativi delle fattispecie più aperti e flessibili”.

favore della pregiudizialità amministrativa. Non vi è dubbio, infatti, che l'espressa inclusione dell'impugnazione dei provvedimenti illegittimi nell'onere di diligenza imposto al privato si sarebbe tradotto in un forte disincentivo all'esercizio della domanda risarcitoria autonoma<sup>103</sup>.

Le medesime critiche erano state, inoltre, sollevate dalle Commissioni Giustizia ed Affari Costituzionali della Camera, che, facendo proprie le osservazioni dell'allora Primo Presidente della Cassazione<sup>104</sup>, avevano evidenziato come la riformulazione governativa, richiedendo espressamente che il privato esercitasse la domanda di annullamento, avrebbe reso il suo onere di diligenza fin troppo gravoso<sup>105</sup>.

In questa circostanza, però, il Governo non è rimasto insensibile alle richieste di modifica avanzate dalle Commissioni parlamentari ed ha, così, eliminato il riferimento all'impugnazione degli atti lesivi, per sostituirlo con un'espressione più generica ed omnicomprendiva.

Nella versione definitiva dell'art. 30 c.p.a. risulta, pertanto, che il giudice deve escludere dal risarcimento quei pregiudizi che il privato non ha evitato usando l'ordinaria diligenza "anche attraverso il ricorso agli strumenti di tutela previsti".

Questa formula, se, da un lato, ha il pregio di aver appianato i contrasti emersi in fase di lavori preparatori, dall'altro lato, non soddisfa pienamente parte

---

<sup>103</sup> Si veda, al riguardo, PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, cit., il quale punta il dito contro le modifiche governative concernenti il termine di decadenza, "che viene portato da 180 a 120 giorni" e il riferimento alla "mancata previa impugnazione dell'atto lesivo che viene allegata come causa di necessaria esclusione dei danni, salvi solo quelli immediatamente verificati". Secondo l'A., invero, "così riscritta la norma non sembra volta a risolvere una questione; piuttosto a regolare i conti su chi in passato avesse torto e chi ragione". Cfr., altresì, CARANTA, *La tutela risarcitoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui "l'articolato incentiva fortemente la tempestiva proposizione dell'azione di annullamento".

<sup>104</sup> Riportate da GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit.: "le modifiche introdotte nel nuovo testo rendono la soluzione inaccettabile in quanto: a) ulteriormente riducono il termine di decadenza; b) condizionano il riconoscimento della tutela non già ad elementi di leale collaborazione ma alla formale previa proposizione di una diversa azione di annullamento, dando così vita ad una norma poco comprensibile atteso che, da un lato, si afferma l'esistenza di una tutela risarcitoria autonoma, ma, dall'altro lato, la si subordina all'aver formalmente attivato la tutela impugnatoria".

<sup>105</sup> Cfr., ancora, PELLEGRINO, *op. ult. cit.*, secondo cui "non ha nessun senso prevedere una tutela nominalisticamente autonoma per poi escludere *ex lege* i danni se non è stata attivata altra e differente tutela. Con l'ulteriore singolarità che la pregiudiziale diventa così non già di "annullamento" bensì di "impugnazione"; il che non riesce a comprendersi per quale ragione non possa ritenersi omogeneo, quanto a leale collaborazione, ad una motivata e tempestiva diffida a ritirare l'atto lesivo".

degli interpreti, i quali intravedono in essa la prova di una sostanziale mancanza di coraggio del legislatore nel risolvere il nodo dei rapporti tra la domanda di annullamento e quella risarcitoria<sup>106</sup>.

Analizzando più da vicino il disposto dell'art. 30 c.p.a., si può, invero, notare come il legislatore del 2010 non abbia accolto pienamente nessuna delle due tesi fino a quel momento dominanti in giurisprudenza, ovvero quella della Cassazione a favore dell'autonomia e quella del Consiglio di Stato a sostegno della pregiudiziale.

Ciò emerge, *ictu oculi*, dalla stessa lettera dell'art. 30, la cui struttura normativa rivela chiaramente l'ispirazione compromissoria<sup>107</sup> sottesa all'intervento legislativo.

Secondo il primo comma, infatti, la regola generale è che la domanda di condanna vada proposta contestualmente ad altra azione, la quale non può che essere quella di annullamento, di cui all'art. 29 c.p.a.<sup>108</sup>, che, così, diventa pregiudiziale rispetto alla prima<sup>109</sup>.

A questa regola fa, però, eccezione l'ipotesi della domanda di condanna al risarcimento del danno, cui è dedicata la restante parte dell'art. 30, la quale può essere proposta anche autonomamente dall'impugnazione<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Così GISONDI, *op. ult. cit.*; negli stessi termini, BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>107</sup> Di "soluzione di compromesso" parlano, tra i tanti, POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 126; CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, cit.; D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 575; CARBONE, PIGNIATIELLI, *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 176; CAPASSO, *L'azione risarcitoria nel codice del processo: dalla pregiudiziale amministrativa alla autonomia «temperata»*, in *Riv. amm.*, nn. 7/8, 2010, 368.

<sup>108</sup> Il quale prevede che "1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni".

<sup>109</sup> V., in questo senso, DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Assago, 2012, 569, la quale definisce l'azione di condanna come "normalmente ancillare ad altre azioni", ferma restando la sua natura autonoma nei casi di giurisdizione esclusiva e negli altri casi menzionati dall'art. 30 c.p.a.

<sup>110</sup> La sussistenza della regola dell'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria è stata sin da subito riconosciuta dalla giurisprudenza successiva al codice del processo amministrativo. Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 gennaio 2011, n. 40, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale osserva che "il superamento della pregiudiziale amministrativa è stato ora positivamente sancito dal c.p.a., approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il quale ammette, all'art. 30, l'azione risarcitoria in termini (sebbene anch'essi decadenziali) diversi e più lunghi (120 giorni) rispetto a quelli previsti per l'annullamento dell'atto lesivo, con espresso riconoscimento quindi della possibilità del risarcimento autonomo, anche in presenza di

Da questa prima lettura sembra, dunque, che il legislatore abbia voluto condividere la tesi dell'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria.

Una conferma di questa regola la si rinviene in altre disposizioni codicistiche, come l'art. 7 c.p.a., che definisce e delimita l'ambito di estensione della giurisdizione del giudice amministrativo<sup>111</sup>. In particolare, il comma 4 prevede che siano attribuite alla generale giurisdizione di legittimità del g. a. tutte le controversie relative agli atti e ai comportamenti amministrativi, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi, "pure se introdotte in via autonoma"<sup>112</sup>.

Un altro dato normativo a sostegno dell'avvenuta codificazione della regola dell'autonomia è rinvenibile nell'art. 34 c.p.a., il quale, al comma 2, dispone che il giudice amministrativo non possa generalmente conoscere della legittimità dei provvedimenti che il ricorrente non abbia impugnato con l'azione di annullamento. A questa regola fa però eccezione l'ipotesi, contemplata dallo stesso comma 2, dell'azione risarcitoria autonoma, in riferimento alla quale il giudice ben può accertare l'illegittimità di atti che non siano stati oggetto di impugnazione da parte del ricorrente<sup>113</sup>.

Come è evidente, questa norma ha una indubbia valenza innovativa poiché supera uno degli argomenti storicamente addotti a favore della pregiudizialità, ovvero quello secondo cui il giudice amministrativo non possa conoscere della

---

atto in oppugnato". In termini, v., anche, TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1739, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>111</sup> NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>112</sup> Cfr. l'art. 7, comma 4, c.p.a.: "Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma". Per le ipotesi di giurisdizione esclusiva la precisazione non è invece necessaria, poiché nelle controversie in cui è causata un diritto soggettivo, non vi è alcun provvedimento da impugnare.

<sup>113</sup> L'art. 34, comma 2, c.p.a. afferma testualmente che "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29". Prima del codice del processo amministrativo, questo principio era stato già applicato da parte della giurisprudenza amministrativa. Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Roma, Sez. I, 2 dicembre 2010, n. 35027, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

legittimità dei provvedimenti della p. A. in via meramente incidentale. Oggi, invece, il diritto positivo espressamente gli attribuisce questo potere, senza che occorra all'uopo scomodare l'istituto della disapplicazione provvedimentoale, che rimane ancora di esclusivo appannaggio del giudice ordinario<sup>114</sup>.

Ad ulteriore conferma di quanto precede, è posto, inoltre, il terzo comma dell'art. 34 c.p.a. che, occupandosi dell'eventuale proposizione contestuale della domanda risarcitoria e di quella di annullamento, prevede che, se nel corso del giudizio impugnatorio il ricorrente non abbia più interesse alla caducazione del provvedimento, il giudice possa comunque accertarne l'illegittimità qualora sussista l'interesse ai fini risarcitori<sup>115</sup>. Viene, quindi, ancora una volta ribadito che il giudice amministrativo può sindacare la legittimità dell'*agere* amministrativo anche solo *incidenter tantum*, quando ciò sia utile per condannare la p. A. al risarcimento del danno<sup>116</sup>.

Se, però, il primo comma dell'art. 30 c.p.a. pare aderire alla tesi dell'autonomia, in tutt'altra direzione sembra, invece, orientarsi il terzo comma, il quale, come si è visto, sottopone l'azione di danno ad un termine di decadenza di centoventi giorni e vincola il giudice ad escludere dal risarcimento quei pregiudizi che il privato non abbia evitato usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

---

<sup>114</sup> Cfr. FANTINI, *Azione di condanna*, in GAROFOLI, FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 509, secondo la quale, con l'art. 34, comma 2, c.p.a. viene ribadito "il divieto di disapplicazione dei provvedimenti da parte del giudice amministrativo, e, dunque, la preclusione di un accertamento incidentale dell'illegittimità, salvo che ai fini del decidere della domanda risarcitoria".

<sup>115</sup> Cfr. l'art. 34, comma 3, c.p.a., secondo cui "Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". A tal proposito v. FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 509-510, la quale afferma che detta disposizione "permette di sottolineare come, in effetti, l'assenza di un generale potere di disapplicazione non sia preclusivo dell'azione di condanna autonoma". Per una compiuta analisi dell'art. 34, comma 3, sotto il duplice profilo dei poteri giudiziali di accertamento dell'"interesse ai fini risarcitori" e della codificazione, da parte della stessa norma, dell'azione atipica di accertamento, v. BALDUZZI, *L'art. 34, comma 3, c.p.a., tra conversione dell'azione e «interesse ai fini risarcitori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4/2013, 1120 ss.

<sup>116</sup> GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). In termini, v. Cons. St., Sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale ritiene che l'applicazione della norma in parola non richiede nemmeno una specifica istanza dell'interessato poiché "in questa ipotesi l'azione costitutiva si depotenzia di quel *quid pluris* – la modificazione di una situazione giuridica – che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio".

Dunque, vengono introdotti due limiti considerevoli all'esperimento della domanda risarcitoria in forma autonoma

Il primo, in particolare, è di natura processuale e consiste nella sottoposizione dell'azione di danno ad un termine di decadenza (tra l'altro piuttosto contenuto), anziché di prescrizione, come è invece previsto per le generali fattispecie di responsabilità civile, sia contrattuale<sup>117</sup> che extracontrattuale<sup>118</sup>, contemplate dal nostro ordinamento.

Si tratta di uno sbarramento non indifferente all'esercizio dell'azione risarcitoria pura, anche in virtù del fatto che il termine decadenziale, a differenza di quello prescrizione, non è – come si vedrà – per sua natura interrompibile, né sospendibile.

Dunque, già dalla prima parte del terzo comma si evince la volontà del legislatore di non accogliere appieno la tesi dell'autonomia sostenuta dalla Cassazione, la quale pacificamente inquadrava la tutela risarcitoria nei confronti della p. A. nel paradigma aquiliano e, di conseguenza, condizionava la proposizione della relativa azione al normale termine di prescrizione di cinque anni<sup>119</sup>.

Un secondo strumento di contenimento dell'azione risarcitoria autonoma è, poi, rinvenibile nell'inciso finale della norma, nella parte in cui obbliga il giudice a non risarcire quei pregiudizi che il privato non abbia evitato con l'ordinaria diligenza, “anche attraverso degli strumenti di tutela previsti”.

Invero, tra “gli strumenti di tutela previsti”, ex art. 30, comma 3, c.p.a., andrebbe ricompresa anche la domanda di annullamento<sup>120</sup>, sicché la sua mancata proposizione dovrebbe condurre il giudice amministrativo ad una riduzione del *quantum* risarcitorio. Detto altrimenti, l'omessa attivazione del rimedio impugnatorio dovrebbe comportare non già l'inammissibilità sul piano

---

<sup>117</sup> Per essa vale la regola generale della prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.

<sup>118</sup> Cfr. il già citato art. 2947, comma 1, c.c., secondo cui “Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato”.

<sup>119</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 21170, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1449.; Cass. Civ. Sez. III, 27 maggio 2009, n. 12282, in *Foro it.*, 2010, I, 1236.

<sup>120</sup> In questo senso si sono espressi i primi commentatori del codice del processo amministrativo. Cfr. LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 270; DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., 570; FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 107; VARRONE, *Commento agli articoli 29-32* in SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 154; PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 57.



processuale della domanda risarcitoria autonoma, come tradizionalmente ritenuto dal Consiglio di Stato, bensì la sua infondatezza nel merito.

Ne deriva, allora, che, poiché l'azione di danno va proposta entro un breve termine di decadenza e la sua fondatezza è fortemente condizionata dall'omessa proposizione della domanda di annullamento, il privato si vedrà quasi costretto ad impugnare il provvedimento amministrativo onde evitare una decurtazione risarcitoria, con buona pace della regola dell'autonomia affermata dal primo comma dell'art. 30 c.p.a.<sup>121</sup>

In altri termini, si pone l'interrogativo se quella accolta dal codice del processo amministrativo sia una regola di vera autonomia o se, piuttosto, esso abbia confermato la tesi della pregiudizialità, spogliandola della sua veste processuale e "mascherandola"<sup>122</sup> con una di tipo più prettamente sostanziale, vanificando, così, la portata innovativa della riforma del 2010.

Al quesito si proverà a dare una risposta nelle pagine che seguono.

---

<sup>121</sup> Cfr. LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *op. ult. cit.*, 270, secondo cui il codice del processo amministrativo ed, in particolare, l'art. 30, smentiscono l'impostazione della Cassazione a favore dell'autonomia, "ripristinando la centralità dell'azione di annullamento. L'art. 30, infatti, pur tacendo, nel caso di lesione di interessi legittimi ad opera di un provvedimento, sulla necessità della pregiudiziale principia ponendo un disincentivo potente all'azione risarcitoria pura". Negli stessi termini, FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 514, per cui "il legislatore, in una prospettiva di compromesso, di cui solamente l'esperienza potrà dimostrare la capacità di «tenuta», ha inteso incentivare la tempestiva proposizione dell'azione di annullamento"; nonché, CLARICH, *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui, dal quadro che emerge dall'art. 30, "l'azione risarcitoria pura, comunque esperibile nel termine assai breve di 120 giorni [...] potrà essere considerato poco più che un caso di scuola".

<sup>122</sup> Di "pregiudizialità mascherata" hanno parlato PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., 889; nonché CARINGELLA, *La pregiudiziale amministrativa tra nuovo codice del processo amministrativo e decreto legislativo n. 53/2010 sugli appalti pubblici*, in [www.dikegiuridica.it](http://www.dikegiuridica.it). Negli stessi termini, SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); FREGNI, *I diritti degradati*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo cui "poiché, di fatto, il danno può essere escluso o, quanto meno, di gran lunga ridimensionato per effetto dell'impugnazione dell'atto lesivo (vieppiù laddove venga richiesta ed accordata la tutela cautelare), la norma finisce con il reintrodurre dalla finestra (il co. 3 dell'art. 30) quella "pregiudizialità" che in teoria ha espunto dalla porta (art. 30, co. 1)"; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 812, il quale afferma che nel codice del processo amministrativo "risulta in qualche modo riproposta, anche se trasfigurata, la logica della pregiudizialità, traendo una profonda incertezza circa il disegno di fondo perseguito dal legislatore delegato che a parole afferma la proponibilità autonoma dell'azione risarcitoria, ma che al fondo sembra ancorato alla tradizione seguita dal giudice amministrativo". In termini di "superamento temperato della pregiudizialità amministrativa" si sono, invece, espressi, tra gli altri, FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 514; PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, cit., VILLATA, in MURGOLO, CASOLI, URBANO (a cura di), *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli Studi di Messina*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

In particolare, dopo aver affrontato la questione del termine di decadenza, ci si concentrerà sull'onere di diligenza del danneggiato, il quale rappresenta la vera chiave di volta della nuova disciplina e dalla quale andrà, di conseguenza, ricavato il regime giuridico dei rapporti tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria delineato dal codice del processo amministrativo.

#### **4. Il termine di decadenza di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. Osservazioni critiche**

Come si è anticipato, una delle principali novità introdotte dal d.lgs. n. 104/2010 consiste nella sottoposizione della domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi ad un termine di decadenza di centoventi giorni<sup>123</sup>.

Esso decorre da un diverso momento temporale a seconda che si impugni o meno l'atto illegittimo.

Nel primo caso, invero, detta azione può essere proposta, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a., nel corso del giudizio di impugnazione, ovvero entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

Viceversa, se il privato esperisce unicamente la domanda risarcitoria autonoma, il *dies a quo* del termine decadenziale decorre, *ex art. 30, comma 3, c.p.a.*, dal giorno in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero da quello della “conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Viceversa, in caso di violazione di un diritto soggettivo, rientrante nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si applica il regime ordinario prescrizione di 5 anni, ai sensi degli artt. 2043 e 2947, comma 1, c.c. Cfr. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 107; PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 58; DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., 570. In particolare, il suddetto termine prescrizione trova applicazione non solo nelle ipotesi di responsabilità dell'Amministrazione per lesione dei diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma anche, ed a maggior ragione, per le controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. A tal proposito, si veda FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 511, la quale ritiene “verosimilmente ragionevole anche nella prospettiva della (oramai riconosciuta) funzione riparatoria della responsabilità civile” la scelta del legislatore di differenziare “il regime del risarcimento da lesione di diritti soggettivi (sottoposto a termine prescrizione) e da lesione di interessi legittimi (sottoposto a termine decadenziale)”.

<sup>124</sup> L'art. 30, comma 4, c.p.a. detta, poi, una disciplina speciale per il danno derivante dal c.d. silenzio-inadempimento, in relazione al quale si prevede che “per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente compri di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere”.

Entrambe le disposizioni sono fortemente criticate in dottrina<sup>125</sup> e in giurisprudenza<sup>126</sup>, in quanto sospettate di essere in contrasto con diverse norme della Costituzione<sup>127</sup>.

La stessa Corte Costituzionale è stata investita, dapprima – e con due diverse ordinanze<sup>128</sup> –, della questione di costituzionalità dell'art. 30, comma 5, c.p.a., sebbene non si sia pronunciata nel merito delle censure sollevate<sup>129</sup>,

---

<sup>125</sup> Ci si riferisce, in particolare, a MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); VIRGA, *Il nuovo codice del processo amministrativo ed il mito di Crono*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, n. 9/2010, 1013 ss.; VARRONE, *Commento agli articoli 29-32* in SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 154-155. In senso favorevole alla sua introduzione, v., tra gli altri, QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>126</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, in *Nuovo notiziario giur.*, 2011, 457 ss., con nota di BARBIERI, *Il danno patrimoniale da provvedimento illegittimo fra prescrizione e decadenza*. Si segnalano, inoltre, i commenti di D'ANGELO, *Dubbi sulla nuova e "stringata" tutela risarcitoria degli interessi legittimi previsti dal c.p.a.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit. Si tratta dell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità dell'art. 30, comma 5, c.p.a. per contrasto con gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. La medesima questione è stata inoltre sollevata da TAR Liguria, Genova, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 107, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>127</sup> I primi commentatori hanno lamentato, in particolare, la disparità di trattamento che dall'art. 30 c.p.a. emerge tra i soggetti che subiscano un danno ingiusto ad un interesse legittimo, per i quali è previsto il termine di decadenza di centoventi giorni, e coloro i quali patiscano una violazione di un diritto soggettivo, nei cui confronti va applicato il normale regime prescrizione quinquennale. Questa disparità di trattamento è, inoltre, ancora più evidente nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Cfr., in questo senso, MERUSI, *In viaggio con Laband...*, cit.; nonché, VIRGA, *Il nuovo codice del processo amministrativo ed il mito di Crono*, cit., il quale ha prospettato un contrasto dell'art. 30, comma 3, c.p.a. "non solo con l'art. 3 Cost. (inteso [...]) come precetto che richiede la «ragionevolezza» nel caso di previsione di una tutela differenziata), nonché con il principio del giusto processo oramai costituzionalizzato e con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, che [...] assicurano una pari tutela innanzi al G.A. ed all'A.G.O."; v., inoltre, BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui in questo modo "si creerebbe una evidente illogicità ed una non giustificata contraddizione nella previsione di un diverso termine per la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione a seconda che si agisca innanzi al giudice amministrativo o a quello ordinario". Nel parere reso dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, in sede di lavori preparatori, si legge, inoltre, che "l'introduzione di un regime compressivo dei diritti relativamente alla pur ammessa azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi appare inopportuno e sospettabile di incostituzionalità, specie se il termine non è coordinato con quelli decadenziali o, *rectius*, di prescrizione di diritti di analogo contenuto ma derivanti da altre norme".

<sup>128</sup> V. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, cit.; nonché TAR Liguria, Genova, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 107, cit.

<sup>129</sup> Cfr. Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 280, in *Foro It.*, 2013, 1066 ss., con nota di TRAVI, pronunciatasi sulla questione di costituzionalità sollevata dal TAR Sicilia, Palermo, n. 1628/2011. In proposito, v., anche, SCOCA, *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012, 4482 ss.; PASQUARIELLO, *Il regime temporale dell'azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a.*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 3/2013, 133 ss.; NASSO, *Nuove riflessioni sulla pronuncia della Consulta in tema di termine decadenziale dell'azione risarcitoria: il Giudice delle Leggi "perde" la possibilità di fare chiarezza sulla*

avendo, in entrambe le occasioni, dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza<sup>130</sup>.

Più di recente, inoltre, il TAR Piemonte<sup>131</sup> ha promosso la questione di legittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 30 c.p.a., ritenendo la previsione del termine di decadenza ivi indicato in contrasto con diversi parametri costituzionali<sup>132</sup>.

Come si è detto, invero, dubbi e perplessità suscitano l'aver condizionato la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi ad un termine di decadenza anziché di prescrizione, come il legislatore viceversa continua a prevedere per le ipotesi di responsabilità civile dell'Amministrazione per le lesioni di diritti soggettivi.

La questione, come si vedrà, non è di scarso rilievo pratico, né attiene a profili meramente formali in quanto dall'applicazione di un termine di uno o dell'altro tipo discendono delle conseguenze applicative di non poco momento.

#### 4.1. *Prescrizione e decadenza: le ragioni di una disciplina differenziata*

Per convincersi di ciò, occorre, *in primis*, considerare che vi è una profonda differenza, già sul piano ontologico, tra l'istituto della decadenza e quello della prescrizione.

---

*natura del relativo termine*, in [www.ilnuovodirittoamministrativo.it](http://www.ilnuovodirittoamministrativo.it). La Consulta è nuovamente intervenuta sulla medesima questione con l'ordinanza 31 marzo 2015, n. 57, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), nel giudizio di costituzionalità sollevato da TAR Liguria, Genova, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 107, cit.

<sup>130</sup> Cfr. Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 280, cit., che ha dichiarato inammissibile, per mancanza di rilevanza, la questione sollevata dal TAR Sicilia, n. 1168/2011, in quanto il giudice *a quo* sospettava della legittimità costituzionale di una norma, l'art. 30, comma 5, c.p.a. che tuttavia non avrebbe potuto trovare applicazione al caso sottoposto al suo esame. Del pari, Corte Cost., 31 marzo 2015, n. 57, cit. ha dichiarato “manifestamente inammissibile” la questione di costituzionalità sollevata dal TAR Liguria, n. 107/2014 (questa volta per contrasto anche con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU), in quanto nel caso di specie si sarebbe dovuto applicare il previgente regime prescrizione previsto dall'art. 2947 c.c.

<sup>131</sup> Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per la cui analisi, si rimanda al commento di FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 2/2016, 595 ss.

<sup>132</sup> In particolare, i giudici piemontesi sospettano un contrasto dell'art. 30, comma 3, c.p.a. con l'art. 111, comma 1, Cost., nonché (per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.), con l'art. 47 della Carta dei diritti UE e con gli artt. 6 e 13 della CEDU; nonché, ancora, con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.

Entrambi, per vero, sono connessi al trascorrere del tempo e comportano la perdita del diritto a causa dell'inerzia del suo titolare. Tuttavia, diversa è la *ratio* agli stessi sottesa<sup>133</sup>.

La decadenza, in particolare, consiste nella perdita di un diritto a causa del suo mancato esercizio entro un termine perentorio previsto dalla legge o dal contratto, il quale è posto a tutela di superiori esigenze di certezza giuridica connesse all'esercizio del diritto medesimo<sup>134</sup>. A tal fine, irrilevanti sono lo stato soggettivo del titolare del diritto e le ragioni sottese al suo omesso esercizio<sup>135</sup>.

Attraverso questo istituto si vuole garantire che gli effetti di un determinato atto o provvedimento, emanati da un soggetto dotato di un potere, ovvero di diritto potestativo<sup>136</sup>, non vengano messi in discussione oltre un certo arco temporale, perché ciò frusterebbe l'esigenza di stabilità e certezza da essi derivanti.

Da quanto precede, consegue, allora, la stretta connessione dello strumento della decadenza con l'esercizio di un pubblico potere in quanto esso serve a garantire il superiore interesse generale alla stabilità dell'azione amministrativa<sup>137</sup>.

La prescrizione, viceversa, è una causa di estinzione del diritto, sul piano più strettamente sostanziale, derivante dalla colpevole inattività del suo titolare per un determinato periodo di tempo previsto dalla legge<sup>138</sup>.

L'istituto si fonda sull'esigenza di stabilità delle situazioni di fatto che si siano consolidate nel tempo a causa dell'inerzia del titolare del diritto<sup>139</sup> e, pertanto, mira ad eliminare la situazione di incertezza che detta inattività abbia

---

<sup>133</sup> CHINÈ, ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, 44.

<sup>134</sup> Cfr. NAPOLI, voce *Decadenza*, in PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, IV, Milano, 2007, 663.

<sup>135</sup> Cfr. AZZARITI, SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, 345.

<sup>136</sup> Cfr. ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 46; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, 119.

<sup>137</sup> Secondo CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 47, "il richiamo all'esigenza di limitare nel tempo l'esercizio della situazione giuridica soggettiva diventa più concreto se inquadrato come un aspetto della tutela preferenziale di interessi diversi da quello del titolare". Ciò emerge *ictu oculi* nei rapporti di diritto amministrativo, dove il termine di decadenza è posto a tutela dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione, il quale si contrappone, conformandolo, all'interesse legittimo del privato.

<sup>138</sup> Cfr. l'art. 2934, comma 1, c.c.: "Ogni diritto si estingue per prescrizione quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge".

<sup>139</sup> Cfr. PATTI, voce *Prescrizione*, in PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, XI, Milano, 2007, 340-341.

creato. Sotteso ad esso vi è, più specificamente, lo stato di totale indifferenza del titolare del diritto circa l'esercizio e le sorti del medesimo<sup>140</sup>, cui si contrappone l'interesse della controparte a non essere esposta troppo a lungo alle altrui pretese patrimoniali<sup>141</sup>.

Dunque, da queste brevi premesse si evince che la decadenza è un connotato tipico dell'atto<sup>142</sup>, il cui mancato esercizio comporta la perdita del diritto per il cui soddisfacimento esso è previsto<sup>143</sup>; la prescrizione, invece, è un istituto che si addice maggiormente al rapporto e comporta l'estinzione del diritto a causa del disinteressamento del suo titolare<sup>144</sup>.

La differente natura giuridica dei due istituti e la diversità di *ratio* ad essi sottesa si riverberano, poi, sul loro regime giuridico.

La prescrizione, in particolare, essendo fondata sul disinteressamento del titolare del diritto al suo concreto esercizio, può essere sospesa, ovvero interrotta, quando il soggetto, viceversa, mostri un interesse al suo godimento. Il legislatore, infatti, prevede delle ipotesi tassative in cui il termine prescrizione possa essere sospeso ovvero interrotto.

Le prime riguardano, nello specifico, i casi in cui il soggetto sia oggettivamente impossibilitato ad esercitare il diritto<sup>145</sup>, sicché, vi è uno stato di incertezza circa il reale disinteressamento al suo godimento da parte del titolare.

---

<sup>140</sup> Cfr. NASSO, *Nuove riflessioni sulla pronuncia della Consulta in tema di termine decadenziale dell'azione risarcitoria: il Giudice delle Leggi "perde" la possibilità di fare chiarezza sulla natura del relativo termine*, cit.

<sup>141</sup> Cfr. COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, cit.

<sup>142</sup> In questo senso, TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 1974, cit. In proposito, v., inoltre, l'art. 2966, comma 1, c.c., che, al primo periodo, dispone che "la decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto".

<sup>143</sup> Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 118, il quale ha cura di enunciare alcuni criteri utili a distinguere un termine di decadenza da uno di prescrizione. "Sul piano più empirico", precisa l'A., "indici sono quelli della maggiore brevità del termine (ad es. artt. 1168, 1170) e quello secondo cui la prescrizione riguarda sempre e solo l'esercizio di diritti, mentre la decadenza può riguardare anche atti conservativi strumentali all'esercizio del diritto stesso (ad es. artt. 1457, 1517, comma 3)".

<sup>144</sup> Cfr. PATTI, voce *Prescrizione*, cit., 341, il quale fa notare che "tempo e inerzia sono quindi i presupposti della prescrizione. Quanto detto serve a distinguere l'istituto in esame dalla decadenza che trova giustificazione nella necessità che, per esclusive esigenze di certezza, particolari atti siano compiuti entro un termine perentorio, senza riguardo alle circostanze che hanno causato l'inutile decorso del termine".

<sup>145</sup> Cfr. NASSO, *Nuove riflessioni sulla pronuncia della Consulta in tema di termine decadenziale dell'azione risarcitoria: il Giudice delle Leggi "perde" la possibilità di fare chiarezza sulla natura del relativo termine*, cit.

In tali circostanze, pertanto, il legislatore prevede che il tempo idoneo a prescrivere si arresti momentaneamente, in attesa del venir meno della causa che abbia reso impossibile l'esercizio del diritto medesimo, per poi continuare il suo decorso<sup>146</sup>.

L'interruzione della prescrizione si realizza, invece, allorché il soggetto interrompa a sua volta lo stato di inerzia, esercitando il diritto e mostrando, così, di avere interesse al suo godimento. Anche a fronte di queste evenienze il legislatore non si mostra insensibile, prevedendo che il termine atto a prescrivere si arresti, per riprendere a decorrere nuovamente, ed *ab initio*, dopo l'esercizio del diritto, senza che possa tenersi conto del tempo precedentemente trascorso<sup>147</sup>.

Questo regime giuridico non è, viceversa, applicabile alla decadenza<sup>148</sup> e ciò è agevolmente spiegabile se si tiene presente la ragione giustificatrice ad essa sottesa, vale a dire garantire la stabilità di interessi superiori rispetto a quelli perseguiti dal titolare del diritto. Detta esigenza verrebbe, invero, compromessa se il termine di decadenza si protraesse, oltre il termine legale, in base al mero arbitrio del titolare del diritto, come accade per la prescrizione.

Da quanto appena esposto deriva, allora, che il termine di prescrizione, per sua natura, gode di un regime giuridico di maggior favore per il titolare del diritto poiché è interrompibile o sospensibile. Sicché non è affatto indifferente che il legislatore subordini l'esercizio di un diritto ad un termine prescrizionale, ovvero ad uno decadenziale.

#### 4.2. Dubbi di legittimità costituzionale

Tanto premesso, e tornando alla disciplina dell'azione di condanna di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a., va osservato che il termine di decadenza da esso previsto si espone a diversi rilievi critici non facilmente superabili.

---

<sup>146</sup> Le ipotesi di sospensione della prescrizione previste dal codice civile, sono quelle elencate dagli artt. 2941 e 2942 c.c. ed attengono ai rapporti esistenti tra le parti, nonché alle particolari condizioni soggettive del titolare del diritto.

<sup>147</sup> Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 116. Le tassative ipotesi di interruzione della prescrizione dei diritti disciplinate dal codice civile sono elencate dagli artt. 2943 ss., c.c.

<sup>148</sup> Cfr. l'art. 2946 c.c.: "Quando un diritto deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza non si applicano le norme relative all'interruzione della prescrizione. Del pari non si applicano le norme che si riferiscono alla sospensione, salvo che sia disposto altrimenti".

In particolare, ad avviso di chi scrive la norma si pone in contrasto con almeno due precetti costituzionali, ovvero con il principio di uguaglianza-ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., e con il c.d. divieto di eccesso di delega enucleabile dall'art. 76 Cost.

Sotto il primo profilo, va evidenziato che – come si è appena affermato – il termine di decadenza si addice più ad un atto che ad un rapporto, qual è quello che sorge tra cittadino ed Amministrazione allorché quest'ultima commetta un fatto illecito, *ex art. 2043 c.c.*<sup>149</sup>.

La p. A., invero, quando arreca un danno ingiusto, non ha il potere di scegliere se corrispondere o meno il risarcimento in favore del danneggiato, essendovi a ciò obbligata in virtù del principio generale del “*neminem ledere*”. Ne consegue che, a fronte di siffatta attività obbligatoria, non si contrappone alcuna esigenza di contestare l'operato dell'Amministrazione entro un circoscritto arco temporale che possa spiegare la previsione del termine decadenziale<sup>150</sup>.

Detto altrimenti, non ha senso sottoporre la domanda risarcitoria allo stesso regime temporale dell'azione di impugnazione degli atti amministrativi, visto che in relazione alla prima non si ravvedono quelle stesse esigenze di stabilità e certezza che giustificano il condizionamento della seconda a termini perentori di decadenza<sup>151</sup>. Al contrario, all'azione di danno andrebbe applicato il

---

<sup>149</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, cit.: “mentre la prescrizione ha per oggetto un rapporto (azione o diritto sostanziale) che per effetto di essa si estingue, la decadenza ha per oggetto un atto che per effetto di essa non può più essere compiuto. La disciplina dell'azione di risarcimento del danno appare dunque ragionevolmente compatibile con la prima, non anche con la seconda”; nonché, in adesione ad esso, TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit.

<sup>150</sup> Sotto questo punto di vista, è condivisibile quanto sostenuto da PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 2583-2584, il quale definisce “ingiustificata” la scelta del legislatore di sottoporre la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi a termini decadenziali, anziché prescrizionali, in quanto, “mettendo in dubbio la consistenza ed intensità della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo come categoria che, al pari di quella del diritto soggettivo, è meritevole di tutela giurisdizionale effettiva, ripropone antichi scenari che dopo le decisioni n. 500/1999 della Cassazione e nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte Costituzionale sembravano oramai tramontati”.

<sup>151</sup> Sul punto, v. TRAVI nella nota di commento a Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 280, cit., 1070, il quale, pur non essendo in linea di principio contrario alla sottoposizione delle pretese risarcitorie nei confronti della p. A. ad un termine decadenziale, sostiene che “semmai va affrontato il dubbio che la previsione del termine di decadenza introduca un privilegio per l'amministrazione, tanto più che non possono valere in questo caso le esigenze di certezza nei rapporti giuridici che valgono invece quando sia richiesto l'annullamento di un provvedimento amministrativo”. Nettamente contrario alla sottoposizione dell'azione di danno ad un termine di



normale regime prescrizione, come la legge prevede per le generali ipotesi di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.<sup>152</sup>.

A fornire argomenti in tal senso è, peraltro, lo stesso legislatore che, all'art. 30, comma 3, c.p.a., detta una disciplina del regime temporale dell'azione risarcitoria che si può definire, senza esitazione alcuna, illogica ed irrazionale, in quanto poco coerente con la natura giuridica e la *ratio* sottesa all'istituto della decadenza<sup>153</sup>.

Invero, sia la durata del termine decadenziale, sia *il dies a quo* della sua decorrenza non appaiono compatibili con l'esigenza di garantire la stabilità e la certezza dell'operato dell'Amministrazione.

---

decadenza è, invece, IUDICA, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2016, 179 ss. Nello stesso senso, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, cit., secondo cui l'azione risarcitoria, già sul piano strutturale, si pone al di fuori della problematica della tutela della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici. Ad avviso del giudice amministrativo, invero, "l'esposizione del debitore, pubblico o privato, alla domanda di risarcimento non incide minimamente sulla dinamica dei rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né sulla certezza delle situazioni e posizioni giuridiche correlate, rilevando solo sul piano della reintegrazione patrimoniale dello spostamento conseguente all'illecito"; nonché, TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit., per il quale "appare arduo ravvisare, in materia di risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni, un'esigenza costante e generalizzata di stabilità dei rapporti che implichi una compressione tanto significativa del diritto del cittadino danneggiato di azionare i relativi rimedi".

<sup>152</sup> Cfr., in questo senso, NASSO, *op. utl. cit.*, secondo cui sarebbe "più che giustificabile l'equiparazione – per il *quisque de populo* così come per una Pubblica Amministrazione – delle conseguenze giuridiche scaturenti dall'infrazione di un danno: con conseguente imperscrutabilità delle ragioni deponenti nel senso della differenziazione del termine per far valere la pretesa risarcitoria, quanto alla natura e alla durata di esso"; nonché ANDARICCHIO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e la dubbia costituzionalità del termine di decadenza dell'azione di condanna ex art. 30 c.p.a.: la tutela risarcitoria degli interessi legittimi quale "diritto finanziariamente condizionato"?*, in *www.lexitalia.it*.

<sup>153</sup> Cfr. BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, n. 4/2012, 557, secondo cui la previsione di un termine decadenziale, anziché prescrizione, "ha tutta l'aria di una forzatura, che urta contro la ragionevolezza e mette a repentaglio il diritto di difesa del privato"; nonché lo stesso TAR Sicilia Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, cit., il quale parla di "irragionevolezza in sé della disposizione", nonché di "intrinseca carenza di una sua giustificazione razionale, a prescindere dai risvolti in ordine alla compressione del diritto di difesa". "In questo senso", prosegue il giudice palermitano, "la previsione di un termine decadenziale per proporre azione risarcitoria autonoma [...] pare confermare questa lettura: il codice non ha inteso discostarsi formalmente dall'indicazione del giudice dei diritti, ed ha ammesso l'autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria, ma sottoponendola ad un regime – almeno in punto di sbarramento temporale – molto più simile a (e compatibile con) quello dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo, che a quello della domanda di risarcimento del danno".

Quanto alla durata, si è detto che la domanda risarcitoria autonoma è proponibile entro centoventi giorni; ciò, a differenza dell'azione di annullamento, la quale è esperibile entro il termine di decadenza di sessanta giorni.

Pertanto, se il privato esercita l'azione di danno dopo la scadenza del termine per impugnare, quindi dopo che l'atto, sia pure illegittimo, sia divenuto stabile, l'esigenza di certezza dell'*agere* pubblicistico risulterebbe sicuramente pregiudicata per almeno i successivi sessanta giorni. Infatti, la p. A., risarcendo il danno, sarebbe costretta a subire le conseguenze, sul piano patrimoniale, di un provvedimento che, nonostante la sua illegittimità, sia comunque considerato stabile e pienamente efficace dall'ordinamento.

In altri termini, la medesima esigenza di certezza e stabilità dell'azione amministrativa che giustifica la previsione di un termine decadenziale, sia per la domanda di annullamento, che per quella risarcitoria, verrebbe diversamente tutelata a seconda delle conseguenze, di conformazione della realtà giuridica, ovvero di riparazione del danno, derivanti da uno stesso provvedimento illegittimo.

Anche la diversità del *dies a quo* del termine per proporre l'azione di danno, rispetto a quello previsto per la tutela impugnatoria, denota l'incoerenza della disciplina recata dall'art. 30, comma 3, c.p.a. rispetto alle esigenze di stabilità e certezza dei rapporti di diritto pubblico.

Come è noto, il termine di decadenza per esercitare la domanda di annullamento, di cui all'art. 29 c.p.a., decorre dalla conoscenza legale od effettiva del provvedimento amministrativo<sup>154</sup>.

Viceversa, per la domanda risarcitoria autonoma, l'art. 30, comma 3, c.p.a. prevede che il termine decadenziale decorra dal giorno di verifica del fatto,

---

<sup>154</sup> V. CLARICH, *Azione di annullamento*, cit., il quale evidenzia come nell'art. 29 c.p.a., "disattendendo una condizione posta nel parere dalla Commissione Giustizia della Camera, non è stato espressamente disciplinato il termine dal quale decorrono i sessanta giorni [...]. Il Governo ha ritenuto all'uopo esaustivo quanto previsto dall'art. 41 del Codice in tema di notificazione del ricorso e dei suoi destinatari che già riprende regole consolidate sulla decorrenza del termine per la proposizione dell'azione". Ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a. il ricorso di annullamento va proposto "entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge". Per una analisi più dettagliata del *dies a quo* per esercitare l'azione di annullamento, v. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1145.

ovvero dalla conoscenza del provvedimento, “se il danno derivi direttamente da questo”<sup>155</sup>.

Ad un primo approccio esegetico sembrerebbe, per la verità, che il terzo comma dell’art. 30 distingua le ipotesi in cui a causare il danno sia un comportamento amministrativo, facendo in questo caso decorrere la decadenza dal giorno di verifica del fatto lesivo (prima parte della norma), da quelle in cui ad arrecare pregiudizio alle ragioni del privato sia direttamente il provvedimento illegittimo (inciso finale della norma)<sup>156</sup>. In questa seconda evenienza, in particolare, il termine decorrerebbe dalla semplice conoscenza dell’atto amministrativo, indipendentemente da un’effettiva percezione delle sue conseguenze pregiudizievoli, così come è previsto per la proposizione della domanda di annullamento. Sicché, la disciplina temporale delle due azioni sarebbe, *in parte qua*, omogenea.

A ben vedere, però, questa interpretazione non può essere accolta perché non fa i conti con la logica della tutela risarcitoria, la quale non mira tanto a sanzionare la condotta del danneggiante, quanto a riparare i danni dallo stesso effettivamente causati e, quindi, effettivamente percepiti dal danneggiato<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Come fa notare GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., “la prima parte della norma riproduce la formula dell’art. 2947 del codice civile che fa decorrere la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento «dal momento in cui il fatto si è verificato»”.

<sup>156</sup> Per una lettura in questo senso, v. COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un’occasione mancata*, cit., il quale intravede nella descritta disciplina un “tentativo di tenere insieme i provvedimenti e i comportamenti amministrativi mediamente riconducibili all’esercizio del potere che delimitano l’ambito della giurisdizione amministrativa ai sensi dell’art. 7”. Tuttavia, per l’A. questo tentativo “rischia di accomunare nello stesso meccanismo ipotesi assai diversificate come i danni discendenti direttamente dal [...] provvedimento ed i danni derivanti dal comportamento che precede o segue il provvedimento e spesso prescinde dal contenuto o dalla sorte dello stesso”. Negli stessi termini, CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, 875.

<sup>157</sup> V., in questo senso, GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., il quale evidenzia che “il modo in cui è formulata la disposizione fa sorgere il dubbio se il legislatore abbia inteso ricollegare la decorrenza del termine per la proposizione della azione risarcitoria alla semplice percezione da parte della vittima della lesione della sua posizione soggettiva ad opera del provvedimento (c.d. «danno evento») oppure al momento in cui si sono verificate la conseguenza dannose sul piano patrimoniale o dei diritti della persona (c.d. «danno conseguenza»)”. Fra le due alternative quella più rispondente alla logica risarcitoria e al dato letterale della norma sembra essere la prima: diversamente da quanto avviene per l’azione di annullamento, ai fini dell’utile esperimento della azione risarcitoria non è, infatti, sufficiente la semplice percezione della lesione della sfera giuridica individuale provocata dall’atto illegittimo, ma è altresì necessaria un’esatta percezione delle conseguenze dannose che, nella maggior parte dei casi non avviene al momento della conoscenza dell’atto ma in quello in cui tali conseguenze si sono prodotte”.

Pertanto, occorre fornire alla disposizione una lettura unitaria<sup>158</sup> e ritenere che la decorrenza del termine di decadenza, per esercitare l'azione di danno, debba coincidere sempre e comunque con il giorno in cui il privato abbia avuto piena contezza dei pregiudizi arrecatigli dall'Amministrazione<sup>159</sup>, a prescindere dalla fonte, attizia ovvero comportamentale, della lesione.

Sicché, il *dies a quo* per esercitare l'azione risarcitoria non coinciderà quasi mai con il momento della conoscenza del provvedimento amministrativo, ma sarà ad esso successivo, in quanto nella maggior parte dei casi l'atto non è idoneo, da sé solo, ad arrecare un pregiudizio che sia immediatamente ed autonomamente percepibile dal privato, essendo a tal fine necessario che intercorra un certo lasso di tempo dalla sua emanazione<sup>160</sup>.

Ne deriva, allora, che il termine di decadenza per accedere alla tutela risarcitoria può, in ipotesi, iniziare a decorrere anche a notevole distanza di tempo dalla mera conoscenza dell'atto illegittimo e, dunque, dal termine per la sua impugnazione<sup>161</sup>.

Di talché, anche sotto questo profilo, l'esigenza di preservare la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa risulterebbe inesorabilmente compromessa.

In altri termini, si vuole in questa sede sostenere che se proprio il legislatore avesse voluto condizionare la tutela risarcitoria ad un termine

---

<sup>158</sup> Cfr. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., che sintetizza efficacemente questa tesi. Secondo l'A., in particolare, “se il danno deriva direttamente dal provvedimento, il termine decorre dalla conoscenza del provvedimento, se il danno è l'effetto del provvedimento ma si verifica in epoca successiva alla sua adozione, il termine per l'azione deriva dall'atto lesivo (art. 30, c. 3, c.p.a.)”.

<sup>159</sup> Cfr. CAPASSO, *L'azione risarcitoria nel codice del processo: dalla pregiudiziale amministrativa alla autonomia «temperata»*, cit., 371.

<sup>160</sup> Detto altrimenti, debbono considerarsi del tutto eccezionali i casi in cui il provvedimento illegittimo costituisca allo stesso tempo, il danno-evento, fonte della lesione, ed il c.d. danno-conseguenza. Così, CARINGELLA, PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 376, nonché GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit. Per un'esemplificazione di questi casi eccezionali, v. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit.: “un'ipotesi in cui l'evento dannoso può ritenersi temporalmente coincidente con l'emanazione dell'atto è individuabile nel decreto di esproprio, atteso che, con la privazione del diritto di proprietà sul bene, l'interessato perde immediatamente la possibilità di godere dello stesso o di lucrare un prezzo per la sua eventuale vendita o locazione; in tal caso è plausibile ritenere che il *dies a quo* per proporre l'azione risarcitoria debba coincidere con quello di proposizione dell'azione di annullamento, vale a dire che è individuabile nell'avvenuta conoscenza del provvedimento lesivo”.

<sup>161</sup> Cfr. CAPONIGRO, *op. ult. cit.*, il quale fa notare che “se è vero che per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma è previsto un termine decadenziale breve, è altrettanto vero che in molti casi, forse la maggior parte, il relativo *dies a quo* non sarà coincidente con la decorrenza del termine per la proposizione dell'azione di annullamento, ma sarà ad esso successivo”.

decadenziale, avrebbe dovuto quantomeno uniformarne la disciplina a quella dettata in tema di azione impugnatoria. Poiché, invero, l'esigenza sottesa alla previsione della decadenza dovrebbe essere la medesima, sia che si chieda il risarcimento, sia che si domandi l'annullamento, anche la sua disciplina giuridica sarebbe dovuto essere la stessa, pena la contraddittorietà del sistema di tutela del cittadino che si confronti con l'Amministrazione.

Del resto, ciò è quanto accade in altri rami dell'ordinamento, laddove il legislatore, nell'assegnare al privato leso dal provvedimento della controparte la possibilità di agire sia in sede impugnatoria, che in sede risarcitoria, condiziona coerentemente l'esperibilità dei due rimedi al medesimo regime temporale.

Basti pensare alle disposizioni dettate in merito all'impugnazione delle delibere assembleari delle società per azioni, *ex art. 2377 c.c.*, ovvero in tema di annullamento dei licenziamenti illegittimi (artt. 6 e 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300).

L'art. 2377 c.c. prevede, infatti, che i soci non legittimati ad esperire la domanda di annullamento possano proporre l'azione risarcitoria entro lo stesso termine per impugnare<sup>162</sup>. Ai sensi del sesto comma della norma citata, invero, sia l'azione di annullamento, che la domanda risarcitoria devono essere proposte entro il termine di novanta giorni, decorrente, per entrambe le azioni, dalla data della deliberazione. Come si vede, dunque, a fronte della medesima esigenza di stabilità dei rapporti giuridici, sottesa alla previsione del termine di decadenza sia per la tutela costitutiva che per quella riparatoria, il codice civile coerentemente appresta ai due rimedi un identico regime temporale<sup>163</sup>.

Questo avviene anche in materia di licenziamenti illegittimi, laddove è previsto che il lavoratore possa chiedere il risarcimento del danno,

---

<sup>162</sup> Cfr. il comma 5 dell'art. 2377 c.c., secondo cui "i soci che non rappresentano la parte di capitale indicata nel comma precedente e quelli che, in quanto privi di voto, non sono legittimati a proporre l'impugnativa hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto".

<sup>163</sup> In senso contrario v. FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 511-512, secondo cui vi è una tendenziale ed opportuna corrispondenza del *dies a quo* del rimedio impugnatorio e di quello risarcitorio, similmente a quanto previsto dall'art. 2377, comma 6, c.c. per le delibere societarie". Questa impostazione non può però essere accolta in quanto si sofferma sul mero dato letterale dell'art. 30, comma 3, c.p.a. il quale fa cominciare il decorso del termine di decadenza per attivare la tutela risarcitoria dalla "conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo". Tuttavia, come è stato detto, ciò accadrà in rarissime ipotesi, in quanto nella maggior parte dei casi il danno si verifica ed è percepito dal privato dopo la conoscenza dell'atto lesivo.

contestualmente all'impugnazione, entro lo stesso termine decadenziale di sessanta giorni, decorrente, in entrambi i casi, dalla comunicazione del recesso.

In senso opposto si orienta, invece, il d.lgs. n. 104/2010 che, come si è visto, regola in modo disomogeneo il regime temporale dei due rimedi esperibili a fronte del medesimo atto illegittimo.

Tuttavia, a parere di chi scrive ciò non rappresenta una mera svista del legislatore, ma è frutto della profonda consapevolezza di quest'ultimo circa l'ontologica diversità della tutela impugnatoria rispetto a quella risarcitoria.

Invero, se il legislatore fosse stato davvero convinto che con l'esercizio dell'*actio damni* il ricorrente metta a repentaglio la stabilità dell'azione amministrativa, alla stessa stregua di quanto egli faccia con l'impugnazione degli atti illegittimi, allora avrebbe dovuto, coerentemente, omogeneizzare la disciplina delle due azioni<sup>164</sup>.

Poiché, invece, il regime giuridico dei due rimedi è diverso, si deve allora giungere alla conclusione che il termine di decadenza di centoventi giorni dell'azione di danno risponda ad una logica altrettanto differente.

Più nel dettaglio, la *ratio* della previsione andrebbe rintracciata in quel contesto storico-normativo – di cui si è dato conto nelle pagine precedenti – all'interno del quale si è registrato l'intervento modificatore del Governo sulla bozza di codice della Commissione Speciale, ovvero nella necessità di assicurare il contenimento della spesa pubblica<sup>165</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che limitare le pretese risarcitorie entro un termine perentorio di centoventi giorni, che per sua natura non è interrompibile, né suspendibile, significhi ridurre nettamente l'ammontare degli eventuali esborsi che p. A. debba corrispondere in favore dei danneggiati.

---

<sup>164</sup> Interessanti sono le conclusioni raggiunte sul punto da COMPORTI, *op. ult. cit.*, il quale avverte che non è possibile scambiare l'una figura (la prescrizione) con l'altra (la decadenza), in quanto ciò conduce a "confondere piani e nessi valoriali diversi e, soprattutto, proietta la responsabilità, che costituisce un «fatto produttivo di obbligazione», in un ambiente relazionale al crocevia con interessi estranei alla sua funzione ed induce a ritenere che la stessa possa servire ad altro, o anche ad altro, che riparare la vittima del pregiudizio sofferto, e scambievolmente, che altri strumenti di tutela siano fungibili con gli scopi rimediali del risarcimento".

<sup>165</sup> Cfr. BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2011, 249, la quale fa notare come la scelta di introdurre il termine di decadenza "risponde all'esigenza di compromesso tra superamento della «pregiudizialità» e desiderio di limitare esborsi da parte delle amministrazioni pubbliche".

Non è questa la sede per appurare se una tale esigenza possa o meno giustificare un restringimento della tutela del cittadino che venga leso da un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione<sup>166</sup>. Tuttavia, se fosse davvero questa la finalità sottesa all'intervento normativo, essa risulterebbe del tutto incongrua rispetto allo strumento impiegato per raggiungerla<sup>167</sup>.

La necessità di garantire una contrazione della spesa pubblica, infatti, se, da un lato, potrebbe, in ipotesi, giustificare una riduzione del termine prescrizione entro cui esperire l'*actio damni*<sup>168</sup>, dall'altro lato, non dovrebbe comportare lo stravolgimento della tutela risarcitoria, come, invece, è avvenuto con l'emanazione del codice del processo, che ha sostituito con un termine di decadenza quello che, per le anzidette ragioni, sarebbe dovuto essere un termine di prescrizione<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> In senso critico alla scelta legislativa v. ANDARICCHIO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e la dubbia costituzionalità del termine di decadenza dell'azione di condanna ex art. 30 c.p.a.: la tutela risarcitoria degli interessi legittimi quale "diritto finanziariamente condizionato"?*, cit.; il quale evidenzia come il rapporto tra la necessità di contenere la spesa pubblica, da un lato, e l'esigenza di garantire ai cittadini una tutela piena ed effettiva, dall'altro, "non è affatto semplice, specie in questo momento di crisi economica planetaria, ma ciò non può giustificare la compressione dei diritti fondamentali", qual è, appunto, quello alla tutela giurisdizionale dei propri diritti. V., inoltre, SCOCA, *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione*, cit., il quale avverte che "il termine di decadenza, di per sé non congeniale all'azione diretta al ristoro del danno da illecito, viene giustificato dalla esigenza di certezza e stabilità dei rapporti dei quali sia parte l'amministrazione pubblica. [...] Se si condivide la suesposta esigenza, il termine raffigurato come termine di decadenza, risulta in qualche modo non irragionevole; meno giustificabile appare la sua estrema brevità". Per l'A., inoltre, "il termine di decadenza per l'azione risarcitoria, mentre si riesce a coordinarlo con quello riguardante l'azione di annullamento, non si coordina affatto con i termini previsti per l'azione avverso il silenzio e per l'azione di accertamento della nullità". Ne consegue, allora, che "anche questo è sintomo dell'irragionevolezza del legislatore".

<sup>167</sup> Cfr. FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., 608.

<sup>168</sup> Si sarebbe potuto per esempio prevedere un termine di prescrizione breve di un anno, come è disposto in tema di azione di risarcimento dei danni per i vizi della cosa venduta, di cui all'art. 1495 c.c., dove la denuncia del vizio deve avvenire entro il termine di decadenza di otto giorni, e l'azione risarcitoria entro un termine prescrizione annuale. Questa norma è stata invocata anche da TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, cit., il quale fa notare che la situazione in essa descritta è "strutturalmente identica a quella dell'illecito da atto della pubblica amministrazione, nell'ipotesi [...] in cui l'azione risarcitoria sia preceduta dalla pregiudiziale impugnazione della situazione lesiva".

<sup>169</sup> Alle medesime conclusioni perviene MERUSI, *In viaggio con Laband...*, cit., il quale afferma che "i diritti, e certamente il diritto al risarcimento è un diritto garantito dalla Costituzione e dalla Convenzione dei Diritti dell'Uomo, sono sottoposti a prescrizione. La prescrizione può essere ridotta, la c.d. *praescriptio brevis*, ma non eliminata a favore della decadenza". Interessante è altresì quanto affermato da PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2582, secondo cui la "trasformazione dell'originario termine di prescrizione quinquennale in un termine di decadenza infrannuale

Un altro argomento a sostegno dell'irragionevolezza della disciplina introdotta, *in parte qua*, dal codice del processo amministrativo è, poi, rintracciabile nello stesso comma 5 dell'art. 30 c.p.a., il quale consente al ricorrente che abbia agito per l'annullamento, di chiedere il risarcimento del danno nel corso del giudizio impugnatorio, ovvero entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza demolitoria<sup>170</sup>.

Come è stato osservato in dottrina, quella appena menzionata sarebbe una vera e propria ipotesi di "sospensione-interruzione" del termine di decadenza di cui al terzo comma dell'art. 30 c.p.a.<sup>171</sup>.

La proposizione della domanda di annullamento, invero, da un lato, integra una causa di sospensione del suddetto termine decadenziale, in quanto consente al ricorrente di esercitare l'*actio damni* anche nel corso del giudizio impugnatorio, quindi, anche dopo che siano trascorsi gli iniziali centoventi giorni; dall'altro lato, determina l'interruzione dello stesso termine, poiché il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento fa nuovamente decorrere i centoventi giorni per chiedere la tutela risarcitoria.

Senonché, detta previsione si pone in antitesi con il principio generale espresso dall'art. 2964 c.c., per il quale un termine di decadenza non può essere, per sua natura, sospeso o interrotto<sup>172</sup>.

---

comporta, in sostanza, quella di ciò che fino ad oggi è stato considerato un diritto soggettivo, il risarcimento del danno, in una sorta di interesse legittimo al risarcimento".

<sup>170</sup> Questa norma è oggetto di dure critiche da parte della dottrina, poiché, a fronte di una sentenza passata in giudicato, non si ravvedono esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici che possano giustificare il condizionamento della domanda risarcitoria ad un termine di decadenza. Cfr. SCOCA *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione*, cit.; nonché D'ANGELO, *Dubbi sulla nuova e "stringata" tutela risarcitoria degli interessi legittimi previsti dal c.p.a.*, cit.; PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2583-2584, il quale giudica in generale "irrazionale" la scelta di termini decadenziali brevi ai quali sottoporre l'azione risarcitoria per lesione di interesse legittimo, tanto più se proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

<sup>171</sup> Così, TROPEA, *La traslatio iudicii si "schiude", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2015, 1432. Di "protrazione del termine di decadenza" parla FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 512, la quale afferma che, anche sotto questo punto di vista, "la disposizione del comma 5 [...] appare problematica".

<sup>172</sup> Cfr. PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2580 ss.; nonché CARANTA, *La tutela risarcitoria*, cit., secondo cui "se il termine è di decadenza, non può essere interrotto neppure dalla proposizione del ricorso impugnatorio. Ma si fa finta che non sia mai decorso. Il legislatore, pur di



Tuttavia, anche in questo caso non si tratta di una mera svista legislativa, bensì di un dato che avvalora ulteriormente la tesi secondo cui il legislatore del 2010 fosse pienamente consapevole della strutturale diversità della tutela risarcitoria rispetto a quella impugnatoria, tanto che rispetto alla prima ha avvertito la necessità di introdurre un'eccezionale ipotesi di interruzione di un termine decadenziale.

A questa diversità di fondo, avrebbe, però, dovuto fare logicamente seguito – lo si ripete – la netta diversificazione del regime temporale delle due azioni e, dunque, la sottoposizione della domanda risarcitoria ad un termine di prescrizione anziché di decadenza<sup>173</sup>.

La previsione di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. si pone, inoltre, in contrasto con l'art. 76 Cost., che vieta al Governo, in sede di emanazione dei decreti legislativi, di eccedere dai limiti impostogli dalla legge di delega<sup>174</sup>.

Il Consiglio dei Ministri, infatti, in fase di approvazione del codice del processo amministrativo sembra non essersi correttamente adeguato a diversi criteri e principi direttivi contenuti nella delega legislativa.

Più nello specifico, nella legge n. 69/2009 sono individuabili ben due vincoli per il legislatore delegato che si indirizzano contro la scelta, alla fine adottata dal d.lgs. n. 104/2010, di condizionare la tutela risarcitoria per lesioni di interessi legittimi ad un termine di decadenza anziché di prescrizione.

Il primo, in particolare, compare tra gli obiettivi di fondo che l'emanando codice del processo amministrativo avrebbe dovuto perseguire e consiste nell'adeguamento delle norme, fino ad allora vigenti, "alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori".

---

premiare la proposizione del ricorso in annullamento, non si preoccupa delle esigenze di coerenza".

<sup>173</sup> Conclusione, da ultimo, ribadita da TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit., secondo cui "il legislatore avrebbe potuto imporre un limite temporale differenziato all'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, ontologicamente compatibile con la natura del rimedio, attraverso l'individuazione di un congruo termine prescrizione"; nonché da IUDICA, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, cit., 184.

<sup>174</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 158, in *Giur. Cost.*, 1985, 1124 ss., secondo cui "le direttive, i principi ed i criteri servono a circoscrivere il campo della delega, sì da evitare che essa venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno determinata".

Orbene, non va dimenticato che, secondo l'indirizzo nettamente prevalente della giurisprudenza pre-codicistica, le pretese risarcitorie per lesione di interessi legittimi sarebbero dovute essere proposte entro termini di prescrizione<sup>175</sup>. Anzi, si può agevolmente ritenere che ciò rappresentasse uno dei pochi aspetti della disciplina della responsabilità civile della p. A., che trovasse d'accordo giudice ordinario<sup>176</sup> e giudice amministrativo<sup>177</sup>.

Per vero, se, da un lato, vi erano delle discordanze circa la natura giuridica da assegnare a detta responsabilità<sup>178</sup>, ovvero sulla necessità o meno che il cittadino attivasse il giudizio di annullamento prima di ottenere il ristoro del danno<sup>179</sup>, dall'altro lato, vi era un'uniformità di vedute circa la sottoponibilità dell'azione risarcitoria a termini di prescrizione anziché decadenziali<sup>180</sup>.

Di ciò, inoltre, è pienamente consapevole anche la più recente giurisprudenza del giudice amministrativo, che ribadisce come prima del codice del processo operava, "a parere di un pacifico indirizzo interpretativo", il regime prescrizione quinquennale, *ex art. 2947 c.c.*<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> Qualche discordanza era rintracciabile solo in merito al *dies a quo* di decorrenza della prescrizione. Una parte della giurisprudenza amministrativa riteneva, invero, che il termine prescrizione di cinque anni decorresse dalla data di adozione del provvedimento illegittimo (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV 30 novembre 2010, n. 8350, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); altro orientamento sosteneva, invece, che esso cominciasse a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>176</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 21170, cit.; Cass. Civ. Sez. III, 27 maggio 2009, n. 12282, cit.

<sup>177</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 30 marzo 2011, n. 291, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. IV 30 novembre 2010, n. 8350, cit.; Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1166, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453, cit.

<sup>178</sup> Secondo l'orientamento attualmente maggioritario in giurisprudenza la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi ha natura *aquiliana*. La tesi, inaugurata dalle Sezioni Unite n. 500/1999, è stata fatta propria anche dal giudice amministrativo. Cfr., Cons. St., Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13, in Resp. civ. prev., n. 4/2009, 871 ss.; Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. St., Sez. IV, 26 luglio 2008, n. 3723; Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124, Cons. Giust. Reg. Sicilia, 18 aprile 2006, n. 153, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Minoritario è invece l'indirizzo che configura la responsabilità *de qua* come un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Cfr. Cons. St., Sez. V., 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro It.*, 2003, I, 2073 ss., con nota di FRACCHIA.

<sup>179</sup> Si tratta dell'annosa *querelle* della "pregiudizialità amministrativa", di cui si è parlato nel capitolo 1 del presente lavoro.

<sup>180</sup> In dettaglio, secondo l'orientamento maggioritario del giudice civile e di quello amministrativo, essendo la responsabilità della p. A. per lesione di interessi legittimi un caso di responsabilità extracontrattuale, si sarebbe dovuto applicare il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.

<sup>181</sup> Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit.; nonché, Cons. St., Ad. Plen., 26 luglio 2015, n. 6, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che considera "l'introduzione di un

Il secondo limite all'introduzione di un termine decadenziale nella disciplina *de qua* è, infine, rinvenibile nel criterio direttivo di cui all'art. 44, comma 2, lett. b) della legge n. 69/2009, secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto circoscrivere il suo intervento normativo alla "disciplina" ed eventualmente alla "riduzione" dei termini di decadenza o di prescrizione delle azioni esperibili<sup>182</sup>.

Dunque, dalla lettera della norma si evince chiaramente che l'emanando codice del processo si sarebbe dovuto limitare alla mera regolamentazione dei termini di decadenza, ovvero di prescrizione già esistenti, senza introdurne di nuovi<sup>183</sup>. L'art. 30 c.p.a. si pone, invece, anche sotto questo profilo, contro la delega legislativa perché introduce *ex novo* un termine di decadenza non previsto in precedenza<sup>184</sup>.

Ne consegue, allora, che la disciplina dell'art. 30, comma 3, c.p.a., essendo sul punto estremamente innovativa e, dunque, in contrasto con l'idea di fondo

---

termine di decadenza di centoventi giorni — decorrente, a seconda dei casi, dalla verifica del fatto lesivo o dalla conoscenza del provvedimento dannoso — [...] un'innovazione legislativa rispetto al regime prescrizione quinquennale, ex art. 2947 c.c., operante in epoca precedente" al d.lgs. n. 104/2010. Sul punto, v. il commento di TRAVI, in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it), secondo cui "seguendo la logica dell'adunanza plenaria, superata la prospettiva del «concordato» e del compromesso fra le due giurisdizioni, emerge più forte il dubbio che la nuova disciplina introduca oggettivamente un privilegio per l'amministrazione e risulti perciò a sua volta illegittima".

<sup>182</sup> Cfr. l'art. 44, comma 2, lett. b) della l. n. 44/2009, nella parte in cui afferma che il decreto legislativo si sarebbe dovuto adeguare al seguente criterio direttivo: "disciplinare le azioni e le funzioni del giudice [...] 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice".

<sup>183</sup> In questo senso, v. PRIMERANO, *op. ult. cit.*, 2583, in nota 41, dove afferma che, "sul versante sovranazionale, poi, la Cedu e la Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconoscono il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il cui rispetto impone [...] di non escludere o limitare i mezzi di tutela nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, ossia di non rendere [...] l'esercizio dell'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto non agevole". La conclusione è che "sotto questo aspetto, la previsione di termini decadenziali così brevi ai quali viene subordinata la domanda risarcitoria rischia di entrare in conflitto con norme interposte". In senso contrario, v. TRAVI nella nota di commento a Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 280. cit., 1070, che, ritenendo non irragionevole l'introduzione nella materia *de qua* di termini decadenziali, evidenzia che "fra l'altro, la previsione di «termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili» rappresentava uno dei contenuti della delega legislativa". L'impostazione seguita dal TRAVI non può, tuttavia, essere condivisa, perché non fa i conti con l'insuperabile dato letterale dell'art. 44, comma 2, lett. b), il quale non parla affatto della facoltà di "prevedere" termini di decadenza, ma solo di "disciplinare", ovvero di "ridurre" i termini decadenziali e prescrizionali già esistenti.

<sup>184</sup> Cfr. FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., 607, per il quale "il decreto di attuazione era chiamato alla revisione dei termini di decadenza e prescrizione già previsti, con facoltà di ridurli, ma non poteva commutarli vicendevolmente o farne uso promiscuo". Nello stesso senso, v. POLI, *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del processo amministrativo: brevi osservazioni di costituzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 448.

sottesa alla legge n. 69/2009, di semplicemente adeguare la nuova normativa all'orientamento fino ad allora maggioritario della giurisprudenza, si pone avverso l'art. 76 Cost. per eccesso di delega<sup>185</sup>.

In merito all'illegittimità del termine decadenziale previsto dal suddetto terzo comma, un cenno va fatto, in conclusione, ad una recente presa di posizione della giurisprudenza amministrativa.

Si tratta della già citata ordinanza del TAR Piemonte 17 dicembre 2015, n. 1747, che, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 30, comma 3, c.p.a., reputa lo stesso in contrasto con i principi del giusto processo amministrativo, tutelato dall'art. 111 Cost.<sup>186</sup>; dell'uguaglianza-ragionevolezza, ex all'art. 3 Cost.; dell'effettività della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 24 e 113 Cost.

Quanto al primo profilo, i giudici piemontesi evidenziano come dal principio di cui all'art. 111, comma 1, Cost.<sup>187</sup> discenda la necessità che il processo amministrativo assicuri, “da un punto di vista funzionale e sostanziale [...], una tutela piena ed effettiva del ricorrente nei confronti della pubblica amministrazione”<sup>188</sup>. Orbene, per il Tribunale rimettente, la previsione di un circoscritto termine decadenziale, cui condizionare la proposizione dell'azione

---

<sup>185</sup> V., in questo senso, LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit. Cfr., inoltre PASQUARIELLO, *Il regime temporale dell'azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a.*, cit., 139-140, che richiama la precedente sentenza della Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Corte Cost.*, n. 3/2012, 2218 ss., con nota di SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, degli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c) e 134, comma 1, lett. c), c.p.a. nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB. In quella occasione, il Giudice delle Leggi ha ritenuto il d.lgs. n. 104/2010 *in parte qua* illegittimo per non essersi uniformato alla precedente giurisprudenza che, in modo assolutamente maggioritario, assegnava alla cognizione del giudice ordinario le controversie *de quibus*. Per l'A., quindi, “ad onta della natura spiccatamente settoriale dell'intervento, [...] la Corte esprime un principio generale di portata dirompente, ritenendo violative dell'art. 76 Cost. tutte le disposizioni del codice che, lungi dal limitarsi ad un “mero” riassetto del processo amministrativo attraverso il riordino delle norme vigenti [...], si traducano in una innovazione in senso tecnico del sistema processuale vigente”. Conclude, dunque, l'A. che “la rigorosa applicazione di tale principio [...] reca con sé il rischio di portare alla caducazione per eccesso di delega di buona parte delle disposizioni del codice del processo, per larga parte innovative rispetto all'assetto ordinamentale pregresso [...]”.

<sup>186</sup> Nonché, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., dagli artt. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea e 6 e 13 della CEDU.

<sup>187</sup> Cfr. l'art. 111, comma 1, Cost., secondo cui “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

<sup>188</sup> Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit.

risarcitoria, contraddice, in radice, questa aspirazione, poiché rende difficoltosa e sostanzialmente effimera la tutela del cittadino nei confronti del soggetto pubblico.

Essa, inoltre, si traduce in una discriminazione irragionevole tra i titolari di un diritto soggettivo e i portatori di un interesse legittimo, i quali, a fronte del medesimo fatto illecito, dovrebbero, i primi, agire entro il termine prescrizione di cinque anni, i secondi, entro il termine di decadenza di soli centoventi giorni; nonché, in un vero e proprio privilegio per la pubblica Amministrazione, autrice dell'illecito, la quale sarebbe esposta alle altrui pretese patrimoniali solo entro un brevissimo arco temporale<sup>189</sup>.

Il terzo comma dell'art. 30 c.p.a., si pone, infine, in antitesi con il principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost<sup>190</sup>. Secondo il TAR Piemonte, invero, le norme da ultimo citate, come interpretate dalle sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006 della Corte Costituzionale, pretendono che il rimedio risarcitorio sia inscindibilmente legato a quello caducatorio, essendo la tutela garantita dal primo strumento, complementare rispetto all'annullamento degli atti illegittimi. Ne consegue, allora, che, "se l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa della cognizione dell'azione risarcitoria [...] comporta come contropartita l'introduzione di un regime decadenziale che, derogando al termine prescrizione quinquennale del diritto comune, comprime significativamente le condizioni per l'esercizio dell'azione, appare contraddetta la finalità stessa della previsione dello strumento risarcitorio accanto a quello caducatorio nel sistema di tutela dell'interesse legittimo"<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Cfr. FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., 608.

<sup>190</sup> Cfr. ANDARICCHIO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e la dubbia costituzionalità del termine di decadenza dell'azione di condanna ex art. 30 c.p.a.: la tutela risarcitoria degli interessi legittimi quale "diritto finanziariamente condizionato"?*, cit.

<sup>191</sup> Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, cit. V., inoltre, SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, cit., secondo cui, "la pregiudiziale amministrativa in presenza di un'azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi, per la previsione del termine decadenziale di centoventi giorni, risulta lesiva del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale del cittadino, a differenza della pregiudiziale amministrativa nei casi di giurisdizione esclusiva in tema di risarcimento da lesione del diritto soggettivo, dove il notorio periodo più lungo di prescrizione della relativa azione (cinque anni in caso di responsabilità extracontrattuale) assicura una maggiore tutela dei soggetti titolari delle situazioni giuridiche soggettive lese"; nonché, TRAVI, *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.

Non una parola il TAR Piemonte spende, invece, in merito alla violazione dell'art. 76 Cost., sotto il profilo dell'eccesso di delega<sup>192</sup>. Tuttavia, ciò non esclude che nel prossimo futuro possano essere sollevate (e magari accolte) questioni di costituzionalità dell'art. 30, comma 3, c.p.a.<sup>193</sup>, anche per violazione di tale precetto costituzionale<sup>194</sup>.

## **5. L'onere di ordinaria diligenza del danneggiato nell'esercizio degli strumenti di tutela previsti**

Il secondo profilo da analizzare per sciogliere il nodo dei rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria nel processo amministrativo attiene all'onere di diligenza imposto al danneggiato dalla parte finale del terzo comma dell'art. 30.

Questa – giova ribadirlo – afferma che “nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

La norma sembra riecheggiare il principio civilistico dell'evitabilità dei danni, espresso dall'art. 1227, comma 2, c.c., a tenore del quale “il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”<sup>195</sup>.

In entrambe le disposizioni vi è, invero, il riferimento al concetto di “ordinaria diligenza”, nonché l'imposizione all'organo giudicante dell'obbligo di

---

<sup>192</sup> La stessa obiezione viene sollevata da FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., 607.

<sup>193</sup> Secondo IUDICA, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, cit., 184-185, un'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30, comma 3, c.p.a. dovrebbe condurre la Corte Costituzionale alla caducazione, per illegittimità derivata, anche dei commi 4 e 5 della medesima disposizione.

<sup>194</sup> Cfr. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giur. It.*, n. 2/2012, 446; nonché VARRONE, *Commento agli articoli 29-32 in SANINO* (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 155.

<sup>195</sup> In dottrina lo rilevano, tra gli altri, DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., 570; FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 107; PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 57 ss.; LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 270; nonché, CARBONE, PIGNIATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 177; CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 906.

escludere dal risarcimento quei pregiudizi che il danneggiato non ha, per negligenza, evitato.

L'unico elemento di differenziazione attiene all'espressa inclusione da parte dell'art. 30, comma 3, c.p.a., tra gli oneri di ordinaria diligenza richiedibili dal privato, dell'esercizio degli "strumenti di tutela previsti" dall'ordinamento<sup>196</sup>.

Non si tratta di una precisazione di poco conto, poiché proprio su di essa si concentra l'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e ad essa bisognerà pertanto fare riferimento per risolvere il problema oggetto della presente trattazione.

Prima, però, occorre aprire una breve "parentesi civilistica" ed esaminare la disposizione di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., che, dettata in tema di responsabilità contrattuale, è estendibile, ai sensi dell'art. 2056 c.c., anche in sede aquiliana.

#### *5.1. L'onere di diligenza del creditore nell'art. 1227, comma 2, c.c.*

L'art. 1227, comma 2, del codice civile è espressione del principio generale di correttezza e buona fede nei rapporti interprivati e contribuisce, in combinato disposto con gli artt. 1223 e 1225 c.c., alla delimitazione e alla misurazione dei pregiudizi da risarcire<sup>197</sup>.

Più nel dettaglio, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina civilistica<sup>198</sup>, esso presuppone la differenza ontologica tra il nesso di causalità c.d. materiale ed il nesso di causalità c.d. giuridica, occupandosi, in particolare, di questo secondo legame eziologico<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> V. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 446, il quale fa notare che l'art. 1227 c.c. non è richiamato testualmente dall'art. 30 c.p.a., "tuttavia questo ne ricalca i contenuti, pur differenziandosene", perché nella parte finale "aggiunge l'inciso «anche attraverso gli strumenti di tutela previsti»".

<sup>197</sup> BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di), *Artt. 1-1654*, Torino, 2000, 2445; nonché BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 647.

<sup>198</sup> Cfr., *ex multis*, VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1986, 581 ss.; SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989, 1088 ss.; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, 434; ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, 38; DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, 47 ss.

<sup>199</sup> Più in particolare, si tende a scindere la lettura dei due commi dell'art. 1227 c.c. e a ritenere che il primo si occupi del nesso di causalità materiale e, quindi, del danno-evento, ed il secondo del

Come è noto, il nesso di causalità materiale collega la condotta inadempitiva/illecita del debitore/danneggiante all'evento di danno, integrato dall'inadempimento, ovvero dal fatto illecito. Esso è regolato dal primo comma dell'art. 1227 c.c., secondo cui "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e delle conseguenze che ne sono derivate"<sup>200</sup>. Si tratta di una peculiare ipotesi di concorso di colpa<sup>201</sup> (e di cause) nella verifica dell'evento, ovvero del caso in cui la lesione sia imputabile non solo al comportamento del

---

nesso di causalità giuridica e dei connessi danni-conseguenza. Cfr. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, in *Danno resp.*, n. 10/2011, 910, secondo cui la ricostruzione in esame "è ricognitiva della nota distinzione tra danni-evento e danni-conseguenza, i primi riferibili all'inadempimento ovvero, nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, alla lesione dell'interesse giuridicamente tutelato ed i secondi attinenti alle conseguenze dannose, patrimoniali e non, che ne costituiscono il riflesso"; nonché, DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., 47, il quale afferma che "l'art. 1227 c.c. contempla due ipotesi distinte: mentre nella prima ipotesi avviene un incontro di più cause generatrici del danno, nell'altra si ha un successivo comportamento del danneggiato, che viene ad inserirsi nell'iter delle conseguenze dannose ed è idoneo, da solo, a produrre un aggravamento, e questo non può essere addebitato al danneggiante, ma deve restare a carico del danneggiato". La distinzione in parola è accolta anche a livello giurisprudenziale. Cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 4 maggio 1990, n. 3729, in *Foro it.*, 1991, I, 216 ss., secondo cui "l'ipotesi regolata dall'art. 1227, 1° comma c.c. disciplina il concorso del danneggiato nella produzione del fatto dannoso, a differenza di quella regolata dal secondo comma che, invece, inerisce alla delimitazione dei danni risarcibili da adoperarsi alla stregua di un giudizio meramente ipotetico e non causale al fine di ricostruire una realtà che sarebbe stata diversa se il creditore avesse adempiuto l'onere di evitare o limitare le ripercussioni patrimoniali negative, mediante l'ordinaria diligenza"; Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 1989, n. 1306, in *Foro it.*, 1989, I, 2201 ss.: "il comportamento del danneggiato, che contribuisca al concretizzarsi di un evento dannoso causato da precedente condotta colposa del danneggiante, non comporta violazione dell'obbligo a carico del danneggiato di non aggravare il danno, bensì integra gli estremi del concorso di colpa"; nonché, più di recente, Cass. Civ., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 431 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/2011, 1605 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, n. 1/2008, 43 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Giust. civ.*, n. 2/2005, 463 ss.

<sup>200</sup> Per una compiuta disamina dell'art. 1227, comma 1, c.c. si rimanda, in particolare, a TRAVERSO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 343, ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1229*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, 403 ss.; CATTANEO, *Concorso di colpa del danneggiato*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 41, ss.

<sup>201</sup> Va ricordato che questa norma non accoglie un concetto soggettivo di colpa, quale collegamento psichico del fatto autolesivo alla persona del danneggiato, ma uno di tipo prettamente oggettivo. A tal proposito, v. BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di), *Artt. 1-1654*, cit., 2447, secondo i quali si tratta di "fatto obiettivamente colposo, quale inosservanza del modello di condotta normalmente diligente, a prescindere dall'incapacità del danneggiato o da altre esigenze personali di responsabilità (ad es., stato di necessità)"; nonché BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, Milano, 1997, 137, secondo cui "la «colpa» del danneggiato non è [...] da intendersi come criterio di imputabilità del fatto illecito. Il danneggiato che danneggia o concorre a danneggiare se stesso non compie alcun illecito e non può essere sanzionato alla stregua dell'autore del danno ingiusto. Piuttosto, la colpa costituisce un requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato".



debitore/danneggiante, ma anche a quello del creditore/danneggiato<sup>202</sup>. Sicché, è ragionevole che il legislatore faccia da ciò discendere una corrispondente riduzione della responsabilità, e del connesso obbligo risarcitorio, in capo al debitore/danneggiante<sup>203</sup>.

Il secondo comma dell'art. 1227 c.c. si occupa, invece, della diversa fattispecie del nesso di causalità giuridica, il quale avvince l'evento di danno alle conseguenze pregiudizievoli – c.d. danno-conseguenza – patite dalla vittima<sup>204</sup>. In particolare, è previsto che non possano essere poste a carico del debitore/danneggiante quei pregiudizi che, pur essendo connessi alla sua condotta, il creditore/danneggiato non ha, tuttavia, evitato usando l'ordinaria diligenza<sup>205</sup>.

Questa norma postula, come già integrato ed accertato, il nesso di causalità materiale e, quindi, presuppone come già individuate le responsabilità per l'inadempimento/fatto illecito, preoccupandosi di selezionare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione<sup>206</sup>. In particolare, il giudice è tenuto a

---

<sup>202</sup> Cfr. SEGALEBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 112-113, il quale specifica che il primo comma ha ad oggetto l'indagine sull'imputazione dell'evento lesivo, "ed è ricondotto – accogliendo la tesi della doppia causalità – nell'ambito delle regole in materia di causalità materiale". Ne consegue che "la responsabilità – trattandosi di determinazione dell'*an debeat* – sarà ripartita in base alle regole del concorso di più autori nel fatto dannoso"; nonché BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., 648: "il legislatore presuppone l'esistenza di un "concorso" di comportamenti colposi ascrivibili rispettivamente al debitore e al creditore: le cosiddette "concause" colpevoli, che per lo più confluiscono in un danno unico [...]".

<sup>203</sup> Cfr. SEGALEBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, cit., 113, che fa notare come "il risarcimento sarà diminuito in relazione all'efficienza causale ed alla gravità della colpa e delle conseguenze che ne sono derivate, facendo riferimento alle regole di cui all'art. 1218 per quel che riguarda l'illecito contrattuale, e di cui agli artt. 40, 41 e 45 c.p. e 2043 per quel che riguarda l'illecito extracontrattuale".

<sup>204</sup> Cfr. SEGALEBRA, *ibidem*.

<sup>205</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5883, in *Foro it.*, 2000, I, 575 ss.: "Il secondo comma della norma in esame statuisce che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, presupponendo, in modo evidente, che *ab initio* sia stato unicamente il comportamento colposo o doloso del debitore a determinare il danno, volendo la legge solo evitare, con tale disposizione, che il debitore medesimo sia costretto a pagare dei danni evitabili dal creditore".

<sup>206</sup> Cfr. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 910; SEGALEBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, cit., 116; TRAVERSO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., 344; nonché BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile. Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 2003, 158, secondo i quali "neanche in questo caso, ad ogni modo, un particolare significato potrebbe essere assegnato all'«ordinaria diligenza» riferita al comportamento del creditore, tanto più che, in esso, l'inadempimento del debitore si è già verificato (sicché si è, ormai, fuori dell'attuazione del rapporto obbligatorio) ed il fatto del creditore viene preso in considerazione al solo fine della determinazione del danno effettivamente risarcibile".

ridurre l'ammontare del *quantum* risarcitorio, avendo riguardo a quelle componenti del danno-conseguenza che il creditore, pur potendolo fare, non ha tuttavia evitato<sup>207</sup>.

Il fondamento dogmatico del principio affermato dall'art. 1227, comma 2, c.c. è diversamente ricostruito in dottrina<sup>208</sup>.

Un primo indirizzo ermeneutico<sup>209</sup> inquadra la fattispecie in esame in un contesto strettamente causale, ritenendo la stessa come l'enunciazione di uno dei criteri che, insieme agli artt. 1223 e 1225 c.c., il legislatore predispone per selezionare e limitare i pregiudizi risarcibili. La norma avrebbe, cioè, lo scopo di espungere, dall'ammontare da risarcire, quelle conseguenze dannose che, nonostante derivino direttamente dalla condotta del debitore, *ex art. 1223 c.c.*, siano eziologicamente ricollegate ad un comportamento omissivo del creditore, in quanto dallo stesso non evitate per negligenza<sup>210</sup>.

Detto altrimenti, il secondo comma dell'art. 1227 c.c. si occuperebbe di un caso di interruzione del nesso causale tra l'evento di danno arrecato dal danneggiante e le conseguenze pregiudizievoli patite dal creditore: si badi bene,

---

<sup>207</sup> In senso contrario alla lettura separata dei due commi dell'art. 1227 c.c., si orienta BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, cit., 428-429., il quale ritiene che entrambe le disposizioni si occupino sia del danno-evento che del danno-conseguenza, perché, così come si può verificare che il danneggiato concorra ad aggravare le conseguenze pregiudizievoli dallo stesso patite, indipendentemente dalla violazione di oneri di diligenza, allo stesso modo si può pretendere che, in omaggio al supremo principio di buona fede, il creditore sia tenuto ad evitare, a monte, anche il danno-evento. Il BIANCA fa, invero, notare come anche la seconda parte dell'art. 1227 c.c. faccia riferimento al "danno"; di talché, "già secondo una considerazione letterale della norma, [...] il dovere del danneggiato di evitare il danno investe l'inadempimento e in genere l'illecito in quanto fattispecie dannosa. Tale interpretazione letterale si rivela conforme al sistema poiché il dovere di correttezza del danneggiato risponde all'esigenza di evitare indistintamente il risultato del danno risarcibile, e non particolari momenti o conseguenze del fatto dannoso". Ne consegue, allora, che detta esigenza "sarebbe arbitrariamente violata se si chiedesse al titolare del diritto di operare solamente per impedire il propagarsi del danno [...] e non gli si chiedesse anche d'impedire sul nascere [...] quel pregiudizio in cui si integra la fattispecie dell'illecito". Negli stessi termini, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 71 ss.

<sup>208</sup> Cfr. SIGNORELLI, *Il concorso di colpa del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale – II parte*, in *Resp. civ. prev.* n. 2/2016, 453 ss.

<sup>209</sup> VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 693 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 258; SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., 1088. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422, cit.

<sup>210</sup> Cfr. SEGALEBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, cit., 116, secondo cui "la norma in esame [...] presuppone che l'inadempimento (evento dannoso iniziale) sia già stato prodotto dal comportamento del debitore/danneggiante, prevedendo l'irrisarcibilità delle conseguenze ulteriori rapportabili – sempre ad un'unica serie causale – ma evitabili dal creditore/danneggiato con l'ordinaria diligenza".

però, non di tutte le conseguenze dannose, ma solo di quelle provocate dal comportamento dello stesso danneggiato<sup>211</sup>.

Da ciò consegue che dall'ammontare dei danni risarcibili andrebbero espunti quei pregiudizi che, pur innestandosi nella medesima serie causale inizialmente inaugurata dal debitore, derivino direttamente dalla condotta negligente del creditore<sup>212</sup>.

Per un secondo approccio esegetico, invece, l'art. 1227, comma 2, c.c. sarebbe espressione del principio generale di buona fede e correttezza nei rapporti interprivati, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1175 c.c. e 2 Cost.<sup>213</sup>.

La norma avrebbe, cioè, la finalità di imporre al danneggiato di attivarsi per evitare che le conseguenze dannose derivanti dall'altrui inadempimento/fatto illecito si aggravino, evitando, così, che di esse possa risponderne il danneggiante<sup>214</sup>.

Ne deriva che non sarebbe ristorabile quel danno che, sebbene promani dal comportamento del debitore/danneggiante, il creditore avrebbe potuto evitare con uno sforzo maggiore. Sicché, l'art. 1227, comma 2, c.c., più che selezionare i

---

<sup>211</sup> Cfr. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 911-912, il quale mette bene in evidenza come "il danno evitabile si identifica in quelle conseguenze dannose imputabili esclusivamente al comportamento negligente del creditore/danneggiato, in quanto, spezzando il nesso eziologico che lega l'inadempimento od il fatto illecito al danno-conseguenza, quel comportamento diviene l'unica causa cui ricondurre il verificarsi di quel danno ulteriore, in relazione al quale, quindi, la condotta del debitore/danneggiante diviene mera occasione, quale causa semplicemente indiretta e mediata del pregiudizio".

<sup>212</sup> La dottrina suole, a tal proposito, parlare di pregiudizi "ulteriori", in quanto si tratterebbe di conseguenze dannose che si aggiungono a quelle arrecate dal danneggiante e che non si sarebbero verificate se il creditore avesse posto in essere quelle cautele necessarie ad evitarle. Cfr., in questo senso, BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit.; TRAVERSO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., 344; nonché ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, 38.

<sup>213</sup> Cfr. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, I, 58; BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, cit., 143; ROSSELLO, *Il danno evitabile*, cit., 63 ss. In giurisprudenza v., su tutte, Cass. Civ., Sez. I, 4 maggio 1990, n. 3729, in *Giust. civ.*, 1990, 717 ss., che critica l'opposto orientamento poiché "l'uso del condizionale, con un periodo ipotetico di terzo tipo o dell'irrealtà, esclude che si possa instaurare un problema in termini di causalità".

<sup>214</sup> Questo concetto è bene espresso da BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1229*, cit., 427, il quale a tal proposito distingue la posizione del debitore da quella del creditore. A carico del primo, invero, "il dovere di correttezza impone fondamentalmente di tenere conto e di preservare la «utilità» del creditore indipendentemente dal contenuto della prestazione [...]". A carico del creditore non si pone invece un problema di utilità della prestazione ma piuttosto di salvaguardia del debitore dai pregiudizi che nello svolgimento del rapporto aggravano la sua posizione debitoria. La correttezza del creditore manifesta appunto questo senso concreto: *il dovere di evitare al debitore gli aggravi della sua posizione in quanto ciò sia possibile senza un apprezzabile sacrificio* (il corsivo è dell'Autore).

pregiudizi risarcibili dal danneggiante, escludendo quelli che non siano a lui causalmente riconducibili, mirerebbe a sanzionare la condotta scorretta del danneggiato.

A ben vedere, però, i due orientamenti non sono tra loro confliggenti<sup>215</sup>, poiché concentrano la loro attenzione su profili differenti: il primo, si preoccupa di determinare la natura giuridica dell'istituto di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.; il secondo, di individuarne la *ratio* giustificatrice<sup>216</sup>.

Di talché, occorre dare ad essi una lettura unitaria e ritenere che la disposizione in esame, nel regolare il nesso di causalità giuridica, escluda dal risarcimento quei danni che siano eziologicamente riconducibili alla violazione del dovere di correttezza da parte del danneggiato<sup>217</sup>.

Individuato in questo modo il fondamento teorico della disciplina in esame, il problema di maggiore rilevanza che da essa deriva attiene all'esatta individuazione dei comportamenti che il danneggiato è tenuto a porre in essere, affinché possa evitare l'aggravamento del danno.

Orbene, il criterio di sovente utilizzato per risolvere il quesito fa riferimento allo stesso concetto di buona fede oggettiva nei rapporti obbligatori, di cui all'art. 1175 c.c., il quale fonda e, contemporaneamente, limita il dovere di correttezza in esame<sup>218</sup>.

Facendo leva su tale clausola generale, si ritiene, infatti, che il creditore/danneggiato, onde evitare che la sua situazione pregiudizievole si aggravi ulteriormente, non sia obbligato a porre in essere qualunque tipo di attività, anche la più gravosa, ma sia tenuto a contenere il suo sforzo entro un

---

<sup>215</sup> Così VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 693.

<sup>216</sup> Cfr. SEGALBRA, *op. ult. cit.*, 119, il quale fa notare come l'art. 1227 contenga "due indicazioni che concorrono a stabilire quale sia il danno non risarcibile e precisamente: il danno evitabile e l'ordinaria diligenza. La norma ha pertanto riflessi oltre che sul rapporto di causalità, anche sul principio generale di correttezza [...]".

<sup>217</sup> A questa teoria aderiscono, inoltre, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950, 254; FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, 108; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 693. In ambito giurisprudenziale è utile richiamare Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9 ss., secondo cui "La giurisprudenza della Corte precisa al riguardo che il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 c.c. (norma [...] inapplicabile ove non siano dimostrati dal debitore la condotta colposa del creditore ed il nesso di causalità fra tale condotta ed il prodursi del danno) presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o ridurre il danno [...]".

<sup>218</sup> Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 652, secondo cui "il richiamo alla buona fede oggettiva descrive soprattutto la ragion d'essere di una disposizione specifica"; nonché BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile. Obbligazioni e contratti*, cit., 159.

“apprezzabile sacrificio”<sup>219</sup>. Altrimenti, risulterebbe violato il medesimo principio generale della buona fede e correttezza nei rapporti interprivati<sup>220</sup>.

Si può, quindi, in generale affermare che, ai sensi del secondo comma dell’art. 1227 c.c., il danneggiato è tenuto a porre in essere comportamenti non solo omissivi, ovvero di astensione da attività che possano aggravare i danni-conseguenza, ma anche di tipo attivo, destinati cioè a rimuovere gli effetti dannosi provocati dall’altrui inadempimento/fatto illecito<sup>221</sup>. Tuttavia, in entrambi i casi, le azioni e le omissioni esigibili dal creditore vanno contenute entro i limiti di un sacrificio ragionevole e non eccessivamente gravoso, pena la contraddizione del medesimo principio di buona fede.

## 5.2. *L’onere di diligenza del danneggiato nell’art. 30, comma 3, c.p.a.*

La precisazione che precede non è di poco conto poiché serve a comprendere la portata applicativa dell’art. 30, comma 3, c.p.a., il quale, come si è visto, menziona tra gli oneri di diligenza imposti al privato anche l’esercizio degli strumenti di tutela previsti dall’ordinamento.

---

<sup>219</sup> In questi termini, v. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, cit., 432, il quale afferma che “la posizione di credito può certo conciliarsi col dovere di impedire l’aggravamento della posizione debitoria, ma solo in quanto a questo dovere sia riconosciuto il limite che è connaturato al suo stesso fondamento: quel limite, cioè, dell’apprezzabile sacrificio che è proprio del dovere di correttezza in generale”; COPPOLA, *L’art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 914; SEGALEBRA, *op. ult. cit.*, 118; BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di), *Artt. 1-1654*, cit., 2449. In giurisprudenza si segnala, tra molte, Cass. Civ., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

<sup>220</sup> COPPOLA, *op. ult. cit.*, 914, il quale, nel richiamare Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Resp. civ.*, 2005, 881 ss., afferma che “l’assunto può dirsi, oramai, pacificamente acquisito in dottrina e giurisprudenza”.

<sup>221</sup> Cfr. COPPOLA, *op. ult. cit.*, 914; nonché, in ambito giurisprudenziale, Cass. Civ., Sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439, in *Foro it.*, 1993, II, 1223, con nota di ALESI, *L’intervento attivo del danneggiato ex art. 1227, comma 2, c.c.: l’esercizio di azioni giudiziarie è esigibile?*, secondo cui “l’art. 1227, comma 2, c.c. [...] non si limita a richiedere a quest’ultimo la mera inerzia, di fronte all’altrui comportamento dannoso, o la semplice astensione dall’aggravare, con fatto proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui all’art. 1175 c.c., gli impone altresì una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di detto comportamento, intendendosi comprese nell’ambito dell’ordinaria diligenza, all’uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici”; Cass. Civ., Sez. I, 14 maggio 1998, n. 4854, in *Foro it.*, 1998, I, 2850: “la diligenza richiesta dall’art. 1227, comma 2, c.c. [...] non può essere altro che indirizzata al contenimento dei danni entro i limiti che rappresentino una diretta conseguenza dell’altrui colpa, e non viceversa estrinsecarsi in un’attività che venga ad interessare abnormemente la sfera giuridica personale del creditore, creando obblighi autonomi ed in nessun modo collegati al normale processo evolutivo delle conseguenze dell’inadempimento o del fatto illecito [...]”. In senso conforme e più di recente, Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14583, in *Giust. civ. mass.*, 2007.

L'utilizzo di una formulazione normativa di così ampia portata necessita, per vero, di un intervento dell'interprete che ne circoscriva l'ambito estensivo, ponendosi, in particolare, l'interrogativo se tra i mezzi di tutela esperibili dal danneggiato vada o meno annoverata anche la proposizione del rimedio impugnatorio.

La risposta al quesito non è così scontata, né è priva di conseguenze di rilievo, poiché da essa si comprende come il codice del processo amministrativo intenda regolare i rapporti tra il giudizio di annullamento e quello risarcitorio.

Orbene, un dato dal quale non si può sicuramente prescindere ci viene fornito dallo stesso legislatore, il quale, nella Relazione di accompagnamento al codice del processo amministrativo, rende bene evidente la ragione sottesa alla previsione di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. In essa si legge, invero, che, "in relazione alla nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, si è optato per l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo, prevedendo per l'esercizio di tale azione un termine di decadenza di 120 giorni [...] e affermando l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'art. 1227 cod. civ. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento".

Dunque, secondo il legislatore delegato, tra i comportamenti del danneggiato, valutabili dal giudice ai fini della riduzione del *quantum* risarcitorio, ex art. 1227, comma 2, c.c., andrebbe ricompreso anche il mancato esperimento della tutela impugnatoria<sup>222</sup>.

Alle medesime conclusioni perviene, inoltre, la maggior parte della dottrina, la quale intravede nella formulazione normativa in esame un diretto riferimento all'omessa proposizione della domanda di annullamento<sup>223</sup>. Sicché, si ritiene che il giudice amministrativo, adito per il risarcimento del danno in forma autonoma, debba considerare, ai fini della quantificazione del risarcimento, anche

---

<sup>222</sup> CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 191.

<sup>223</sup> Cfr., ex multis, FANTINI, *Azione di condanna*, 513 cit.; VARRONE, *Commento agli articoli 29-32*, cit., 154; LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 270; FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 107; PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 57; CARBONE, PIGNIATIELLO, *Le azioni di cognizione*, cit., 176-177; D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 575.

il comportamento scorretto del privato, che, non avendo attivato il giudizio di annullamento, abbia provocato un aumento dei danni-conseguenza.

A ben vedere, ciò rappresenta la traduzione in legge di quel pregresso indirizzo giurisprudenziale<sup>224</sup> e dottrinale<sup>225</sup> – di cui si è dato conto nelle pagine precedenti – che regolava i rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria in termini di autonomia processuale della prima rispetto alla seconda, dando però risalto alla mancata proposizione della domanda di annullamento in sede di quantificazione del risarcimento del danno<sup>226</sup>.

Si riteneva, cioè, che l'omesso esercizio dell'azione impugnatoria avesse una valenza sostanziale nel giudizio risarcitorio, conducendo il giudice alla riduzione del *quantum* da risarcire, in misura corrispondente all'ammontare dei pregiudizi che la caducazione dell'atto illegittimo, non richiesta, avrebbe evitato<sup>227</sup>. Pertanto, si concludeva che la pregiudiziale amministrativa, ben lungi dal costituire una questione di carattere meramente processuale, avesse, invece, natura sostanziale, in quanto attinente alla fondatezza dell'azione di danno<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> Ci si riferisce, in particolare, a TAR Lazio, Roma, Sez. II, 29 aprile 2009, n. 4410, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 23 settembre 2008, n. 780, cit.; Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18 maggio 2007, n. 386, cit.; Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, cit.

<sup>225</sup> Cfr. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, cit., 658; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., 47 ss.; VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, cit., 79; DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit.

<sup>226</sup> Cfr., in questo senso, VARRONE, *Commento agli articoli 29-32 cit.*, 154.

<sup>227</sup> Cfr. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, cit., 79, il quale ritiene che l'affermazione dell'autonomia processuale della domanda risarcitoria rispetto all'impugnazione "non deve indurre a pensare che l'azione per l'annullamento del provvedimento illegittimo rientra nella assoluta discrezione del privato. [...] Secondo la disciplina civilistica sussiste un onere comportamentale del danneggiato che gioca un significativo ruolo ai fini del rapporto di causalità [...] in base al quale le cause sopravvenute possono influire negativamente e, talora, del tutto recidere il nesso tra comportamento doloso o colposo e danno risarcibile".

<sup>228</sup> Si veda, su tutti, DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, cit.: "in base al secondo comma dell'art. 1227 va imputata al creditore quella parte di danno che avrebbe potuto essere evitata usando l'ordinaria diligenza nella difesa del proprio interesse, e tale potrebbe essere considerata la mancata proposizione del rimedio costitutivo. Le obiezioni di chi – richiamando la giurisprudenza – sostiene che la norma non sarebbe utilizzabile a questi fini in quanto l'onere del creditore non può essere inteso fino al punto da imporgli comportamenti gravosi come sono quelli comportanti l'esperimento di rimedi giudiziari costosi ed aleatori, potrebbero forse essere superate considerando la particolarità del rapporto amministrazione-privato, che potrebbe indurre la giurisprudenza a mutare per questa fattispecie nuova e speciale il suo orientamento in proposito".

Ciò posto, la disposizione di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. è fortemente criticata in dottrina<sup>229</sup> perché, nel richiedere al danneggiato l'esercizio della tutela di annullamento, al fine di evitare decurtazioni risarcitorie, finirebbe per imporre a costui un onere di diligenza oltremodo gravoso<sup>230</sup>.

L'assunto di fondo è che, a fronte di un fatto illecito commesso dall'Amministrazione, non si possa richiedere al danneggiato di rimuovere la fonte della lesione attraverso il giudizio impugnatorio, essendovi a ciò tenuto, *in primis*, il soggetto che abbia arrecato il danno<sup>231</sup>. In altri termini, sarebbe onere diretto del danneggiante far cessare la violazione della posizione giuridica soggettiva del danneggiato, essendo esso un precipitato applicativo del principio generale del "*neminem ledere*".

Vi sarebbero, inoltre, ragioni di ordine costituzionale che militano nel senso opposto all'inclusione, tra gli oneri di diligenza in questione, della proposizione della domanda di annullamento. Invero, non si potrebbe trasformare quello che è un diritto costituzionale, ossia agire in giudizio a difesa delle proprie situazioni soggettive, *ex art. 24 Cost.*, in un vero e proprio obbligo giuridico, ovvero, in un onere, dal cui mancato adempimento far discendere la riduzione, se non proprio l'esclusione, del risarcimento del danno<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> Ci si riferisce, in particolare, a GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit.; GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo*, cit.; COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, cit.

<sup>230</sup> Si tratta di una tesi già sostenuta in dottrina. V., in proposito, LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, cit., 54 ss.; CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, cit., 3210; CARBONE, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 277.

<sup>231</sup> In questo senso, v. LUISO, *op. ult. cit.*, 55, il quale mette bene in evidenza come "il sistema espressamente esclude che vi sia un onere di proporre domanda giudiziale. [...] Ma soprattutto, ed in via assorbente, costituisce un vero e proprio inganno ottico pensare che il debitore possa lamentare l'inerzia del creditore nel richiedere la tutela giurisdizionale contro di lui. L'obbligato, infatti, è in grado di evitare l'aggravarsi del danno derivante dal proprio comportamento tenendo appunto – sia pure in ritardo – il comportamento dovuto"; nonché, recentemente, GISONDI, *op. ult. cit.*, secondo cui "non rientra [...] fra i doveri del danneggiato quello di agire giudizialmente contro il debitore per ridurre un danno (come ad esempio la maturazione degli interessi moratori) che potrebbe essere evitato attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligazione". La conclusione è allora che "l'onere di esperire mezzi di tutela diversi dall'azione risarcitoria per non aggravare il danno non può, quindi, essere mutuato dalla citata disposizione civilistica ma costituisce una regola «speciale» che affonda le sue radici in una permanente concezione pubblicistica della responsabilità della p.a. [...]".

<sup>232</sup> Cfr., in questo senso, GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit. Della stessa idea è, inoltre, Corte Cost., 14 luglio 1999, n. 308, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che nel giudizio di costituzionalità promosso nei confronti degli artt. 206 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e 27, comma 6,



Infine, si fa leva sul tradizionale orientamento della Corte di Cassazione in tema di evitabilità del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.<sup>233</sup>.

Secondo la Suprema Corte, invero, la proposizione di rimedi giurisdizionali, utili a far valere le proprie pretese in giudizio, non rientra nel concetto di "ordinaria diligenza", in quanto detta attività implica, per il privato, eccessivi sacrifici in termini di tempi, costi e rischi, che non sono da costui esigibili *ex bona fide*<sup>234</sup>.

Non vi è dubbio, infatti, che l'attivazione di un rimedio giurisdizionale comporti degli inconvenienti più o meno inevitabili per il ricorrente: basti pensare ai tempi, talvolta davvero troppo lunghi, di completamento di un processo; ai costi, non sempre contenuti, necessari per ricorrere innanzi ai TAR; ai rischi e alle incertezze, connesse alla normale alea processuale, circa il buon esito della lite<sup>235</sup>.

---

l. 24 novembre 1981, n. 689, afferma che "l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione".

<sup>233</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 17 maggio 2006, n. 11498, in *www.personaedanno.it*; Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19139, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 435 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, in *Rass. avv. Stato*, 1997, I, 139 ss.; Cass. Civ. 21 aprile 1993, n. 4672, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 656 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439, cit.

<sup>234</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit., secondo cui il dovere di correttezza, di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., "non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese"; nonché Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, cit., la quale, ribadisce che "la giurisprudenza di questa Corte è comunque ferma nel ritenere che il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 c.c., comma 2 presuppone una attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o di ridurre il danno, ma non implica certo l'obbligo di iniziare una azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad una attività gravosa o implicante rischi e spese"; Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, cit., che, in tema di responsabilità del conduttore per il ritardo nella restituzione del bene locato, avverte che "l'onere di diligenza richiesta dal comma 2 dell'art. 1227 c.c. per evitare un suo concorso nella produzione del danno, non implica l'obbligo di compiere attività gravose o rischiose, come la proposizione di azione di cognizione od esecutiva per ottenere il rilascio della cosa locata". In dottrina, v. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 28, per il quale "è pacifico che il danno evitabile non è quello che richieda un'attività abnorme, straordinaria e particolarmente onerosa, neppure quello che richiede l'esperimento di azioni giudiziarie o non giudiziarie da parte del danneggiato".

<sup>235</sup> Così, GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, cit., il quale precisa che "si esclude non solo che il danneggiato sia tenuto ad esperire azioni giudiziali contro terzi o a resistere ad azioni promosse nei suoi confronti o ad impugnare atti amministrativi, ma anche che sia tenuto a far valere tempestivamente il suo diritto nei confronti del danneggiante al fine di evitare l'aggravarsi del pregiudizio derivante dal protrarsi dell'inadempimento o del mancato risarcimento". Nello stesso senso, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 439 ss.: "a carico del creditore non può essere imputata l'inerzia nell'agire giudizialmente contro il

Di conseguenza, non si potrebbe pretendere che il privato, leso dal fatto illecito della p. A., debba esercitare l'azione di annullamento onde evitare di vedersi decurtato l'ammontare del risarcimento, essendo una pretesa orientata in tal senso, essa stessa, in contrasto con la buona fede<sup>236</sup>.

Alla luce di queste considerazioni parte degli interpreti ritiene, così, che l'art. 30 c.p.a., utilizzando l'ampia formulazione di cui si è detto, imponga al privato un onere di diligenza eccessivamente rafforzato<sup>237</sup>. Da esso discende, infatti, un forte condizionamento della tutela annullatoria rispetto a quella risarcitoria, in quanto la mancata attivazione del rimedio impugnatorio può rilevare ai fini dell'esclusione del risarcimento del danno. Di talché, il privato è quasi costretto ad impugnare, comunque, l'atto illegittimo, in palese

---

debitore per ottenere l'adempimento. L'azione legale potrebbe anche costituire l'unico mezzo per ottenere ciò che il debitore non è colposamente in grado di dare o fare. Ma è certo che tale azione comporta un sacrificio economico, o quanto meno una non indifferente iniziativa personale, e un ineliminabile margine di rischio che escludono in radice un dovere di correttezza nel senso di un suo esercizio contro il debitore inadempiente". Secondo l'A., inoltre, "il dovere di correttezza non esige nemmeno che il creditore affronti il sacrificio delle spese e dei rischi di un'azione o di una resistenza giudiziaria contro terzi al fine di contenere il danno risarcibile". "Le medesime ragioni" – conclude il BIANCA – "escludono che il creditore sia tenuto ad impugnare atti amministrativi". V., inoltre, TRAVERSO, *Causalità e colpevolezza nel concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova giur. comm.*, 1994, 156, secondo cui "la notevole alea, connessa sempre alla possibilità di soccombenza nella causa, i costi e i tempi di una procedura giudiziaria, incidono notevolmente nell'escludere l'esercizio di tale tipo di attività nell'ambito di quelle condotte esigibili dal soggetto medio diligente". In giurisprudenza, si segnalano, in particolare, Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, cit., secondo cui "il comportamento operoso richiesto al creditore non ricomprende l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicazione di una mera facoltà dall'esito non certo"; nonché Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19139, cit.; Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 14 agosto 1997, n. 7618, in *Foro it.*, 1997, I, 3570 ss.

<sup>236</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3066, in *Foro amm. – CdS*, n. 5/2009, 1281 ss., secondo cui "la mancata impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti, ostativi alla reintegrazione in forma specifica, non rappresenta, in astratto, un dato preclusivo rispetto alla proposizione dell'istanza risarcitoria [...], in quanto la mancata impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti non integra un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"; nonché Tar Lombardia, Brescia, 30 marzo 2005, n. 243, in *Foro amm. – TAR*, n. 3/2005, 637 ss.: "il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese".

<sup>237</sup> Così, COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, cit.; nonché FANTINI, *op. ult. cit.*, 513, la quale parla, a tal riguardo, di un "particolare, rafforzato, onere di diligenza (non propriamente ordinaria, dunque, a differenza di quanto afferma la norma) in capo a chi abbia subito l'illegittimità provvedi mentale".

contraddizione con la regola dell'autonomia, pure solennemente affermata dal primo comma dell'art. 30 c.p.a.<sup>238</sup>.

Detto altrimenti, dal codice del processo amministrativo la pregiudiziale di annullamento, lungi dall'essere definitivamente abbandonata in favore dell'autonomia, ne risulterebbe confermata nella sua vigenza, se non addirittura rafforzata<sup>239</sup>. Un tale convincimento deriva, in particolare, dalla duplice considerazione secondo cui l'azione di danno, oltre a dover essere esercitata entro un breve termine decadenziale, appare *ex lege* condizionata, nella sua fondatezza, dall'omessa impugnazione del provvedimento amministrativo<sup>240</sup>.

L'impostazione in esame, pur essendo a tratti condivisibile, non è, tuttavia, dominante tra gli operatori del diritto, essendo superata da un noto pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del marzo del 2011<sup>241</sup> che cerca, non senza suscitare ulteriori dubbi e perplessità, di fare definitivamente chiarezza sul punto.

## **6. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3**

Nell'affrontare il tema oggetto del presente studio non si può, invero, prescindere dall'analisi della sentenza dell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3<sup>242</sup>, con la quale il Consiglio di Stato è intervenuto "a gamba tesa" nel dibattito

---

<sup>238</sup> Cfr. LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 270; FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 514; CLARICH, *Azione di annullamento*, cit. In senso favorevole alla scelta adottata dal codice del processo amministrativo, v. BARBIERI, *L'amministrazione può fare quel che vuole purché paghi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>239</sup> In questi termini, GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit.

<sup>240</sup> È questa la tesi, sostenuta in dottrina, della c.d. "pregiudizialità mascherata". Cfr., in particolare, PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., 889; SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, cit.; FREGNI, *I diritti degradati*, cit.; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 812.

<sup>241</sup> Ci si riferisce a Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, n. 7/2011, 979 ss., con nota di SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*.

<sup>242</sup> Tra i numerosi commenti alla sentenza in esame, si segnalano quelli di PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 443 ss.; PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1/2012, 165 ss.; SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 9569, sulla giurisdizione ordinaria*

sulla pregiudiziale amministrativa, subito dopo l'emanazione del codice del processo.

La pronuncia si segnala, in particolare, per il corposo apparato motivazionale posto a base della decisione, nonché per le conclusioni interpretative alla fine raggiunte<sup>243</sup>, anche alla luce dell'importanza che il d.lgs. n. 104/2010 oggi assegna alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>244</sup>.

La decisione in esame può essere suddivisa in due parti: la prima, di impronta più prettamente teorica e di inquadramento generale, affronta l'evoluzione che negli anni hanno subito l'interesse legittimo e le tecniche di tutela predisposte in suo favore dall'ordinamento; la seconda, invece, si occupa più da vicino dei rapporti tra la domanda di annullamento e quella risarcitoria nel processo amministrativo, valorizzando diversi istituti del diritto civile.

---

sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli), in *www.giustamm.it*; CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2011, 962 ss.; QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, in *www.giustamm.it*; PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, in *www.giustamm.it*; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, in *www.giustamm.it*; LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. mer.*, n. 10/2011, 995 ss.; MADDALENA, *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Corr. mer.*, n. 5/2011; GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, n. 6/2011, 694 ss.

<sup>243</sup> La decisione è stata salutata con favore e notevole apprezzamento, sia nella parte motivazionale che nelle conclusioni interpretative raggiunte, soprattutto dai primi commentatori. Ci si riferisce, in particolare, a SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit.; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.; PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, cit.; QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, cit.

<sup>244</sup> Importanza sottolineata, tra gli altri, da BARBIERI, *Lesione degli interessi legittimi ed ordinaria diligenza per un risarcimento integrale*, in *Riv. trim. appalti*, 2011, 400, il quale parla di "particolare ed accentuata autorità" conferita dal legislatore all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. A tal proposito, si veda l'art. 99 c.p.a., che, al terzo comma, fa obbligo alle Sezioni del Consiglio di Stato di rimetterle la questione ogni qualvolta ritengano di non condividere un precedente principio di diritto affermato dalla stessa Adunanza Plenaria. Nella medesima direzione si orienta, inoltre, l'ultimo comma dell'art. 99 c.p.a., che consente al massimo organo della giustizia amministrativa di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio.

In entrambi i passaggi motivazionali sono individuabili sia aspetti positivi, in quanto orientati all'ampliamento della tutela del cittadino, sia elementi ambigui e non pienamente condivisibili, per le ragioni che si illustreranno di qui a breve<sup>245</sup>.

L'impianto teorico di fondo sotteso alla sentenza n. 3/2011 consiste, dunque, nella considerazione secondo cui l'interesse legittimo ha oggi natura di posizione giuridica sostanziale, connessa ad un concreto bene della vita, alla stessa stregua del diritto soggettivo<sup>246</sup>. A ciò, ricorda la Plenaria, ha fatto coerentemente seguito la "trasformazione del giudizio amministrativo" da processo sull'atto, e quindi incentrato sull'annullamento del provvedimento viziato, a giudizio sul rapporto, "volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata"<sup>247</sup>, sempre che a ciò non vi osti l'esercizio di attività discrezionali da parte dell'Amministrazione.

In questo quadro evolutivo si inserisce il codice del processo amministrativo, che detta diverse disposizioni orientate all'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo.

La più importante di esse è, ad avviso del Consiglio di Stato, l'art. 30, comma 1, c.p.a., che enuncia la regola dell'autonomia processuale della domanda di condanna al risarcimento del danno rispetto a quella di annullamento degli atti

---

<sup>245</sup> La scomposizione della pronuncia n. 3/2011 in due parti è seguita altresì da SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 988, in relazione alla quale l'A. mostra di dividerne pienamente "(e se mi è consentito dirlo, entusiasticamente) la prima parte; la seconda, benché ottimamente motivata, lascia irrisolte (o, forse meglio, determina l'insorgere di) alcune perplessità, sia di carattere teorico sia di tenore pratico". Nello stesso senso, v. LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, cit., 995, il quale fa notare che "la rilettura, dopo diversi mesi, della decisione n. 3 del 2011, subito definita di grande equilibrio e insieme di illuminata modernità, lascia francamente un po' perplessi se si considera l'esito finale della questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria".

<sup>246</sup> Cfr. PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit., per il quale "la definitiva affrancazione dell'interesse legittimo da posizione di mera legittimazione processuale a dignità di autentica posizione sostanziale, grazie proprio alla capacità pretoria del giudice amministrativo non poteva che portare con sé la dotazione di un intero armamentario di tutela, adeguato alla peculiarità dell'interesse ma non dissimile da quello tradizionalmente posto a servizio del diritto soggettivo, rispetto al quale l'interesse è, sì distinto, ma non meno degno di una tutela piena e completa"; CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa? Poche battute a margine della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3 e dell'ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 07 settembre 2011, n. 1628*, in *www.giustamm.it*, il quale ritiene che da questo passaggio della sentenza n. 3/2011 "si evince non soltanto l'aperta accettazione di quel *giudizio di spettanza* prospettato dalla gran parte della dottrina più attenta, ma anche, e soprattutto, la raggiunta pari dignità dell'interesse legittimo, anche di tipo pretensivo, con il diritto soggettivo".

<sup>247</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

illegittimi. Detta regola è, poi, confermata dalle norme – in questa sede già scrutinate<sup>248</sup> – di cui agli artt. 7, comma 4 e 34, commi 2 e 3 del codice del processo amministrativo<sup>249</sup>.

L'interesse legittimo risulta, inoltre, vieppiù rafforzato dall'espressa codificazione di quello che la Plenaria definisce "il principio della pluralità delle azioni"<sup>250</sup>, ovvero dalla possibilità di esperire non soltanto la domanda di annullamento, ma anche quella di nullità di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a., ovvero l'azione di condanna all'adozione di un provvedimento amministrativo – da esperire, ai sensi dell'art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a., in caso di inerzia dell'Amministrazione –, nonché, infine, l'azione di adempimento<sup>251</sup>, evincibile dall'allora vigente art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Cfr. il par. 3 del presente capitolo.

<sup>249</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 3 della motivazione: "questo reticolo di norme consacra, in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra i diversi sistemi di tutela, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio".

<sup>250</sup> A tal proposito, interessante, e degno di menzione, è il dibattito che questa affermazione ha suscitato in dottrina, specie in tema di consistenza e natura giuridica dell'interesse legittimo. In particolare, secondo PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, cit., con il riconoscimento di un simile ventaglio di azioni a favore del privato, l'interesse legittimo "si affranca definitivamente da un ruolo subalterno nella classificazione delle situazioni giuridiche soggettive ed assurge al rango di vero e proprio diritto soggettivo". Secondo l'A., invece, "è la stessa evoluzione concettuale dell'interesse legittimo ad imporre questo salto di qualità". In senso contrario, vedi SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 989, secondo cui "nel pensiero dell'Adunanza Plenaria, il rafforzamento dei mezzi di tutela non hanno trasformato, come alcuni teorici ritengono, la situazione soggettiva tutelata da interesse legittimo a diritto soggettivo." Sicché, "le tesi [...] che collegano il potenziamento della tutela alla modifica della natura della situazione tutelata, non possono essere seguite, perché confondono la misura della tutela con l'essenza o, se si preferisce, la struttura della situazione soggettiva".

<sup>251</sup> "Sempre che non vi osti la sussistenza di discrezionalità amministrativa o tecnica" precisa la Plenaria. Al riguardo, è utile rimandare al lavoro di GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, cit., 696, il quale si chiede "quale possa essere il tipo di pronunzia che il Codice esplicitamente ammette": per l'A. essa non si discosterebbe "da un'esperienza che il giudice amministrativo ha da tempo praticato e che corrisponde ad uno degli effetti del giudicato amministrativo", ovvero l'effetto conformativo. In senso critico a quanto affermato *in parte qua* dalla Plenaria, v. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, cit., secondo cui la sussistenza di discrezionalità tecnica non dovrebbe ostare all'esercizio dell'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione del provvedimento impugnato. La discrezionalità tecnica, invece, "non implica alcuna attività di cura e gestione dell'interesse pubblico tipizzato dalla legge, ma solo l'applicazione di regole del sapere specialistico pienamente accessibili al giudice, e da questo liberamente – ed anzi doverosamente – utilizzabili al fine di attualizzare il *dictum* sulla spettanza".

<sup>252</sup> Si ricordi, infatti, che prima dell'emanazione del d.lgs. n. 160/2012, non era espressamente consentito al privato esercitare un'azione di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo; detta azione era però ricavabile, in via interpretativa, dal summenzionato art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo il potere di condannare

I giudici di Palazzo Spada precisano, tuttavia, che quella accolta dal codice del processo non è la regola dell'autonomia pura dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, bensì la diversa regola della "rilevanza", sul piano eziologico, dell'omessa impugnazione sull'ammontare dei danni-conseguenza<sup>253</sup>. L'art. 30, comma 3, c.p.a. richiama, dunque, il disposto dell'art. 1227, comma 2, c.c. che, occupandosi del nesso di causalità giuridica, si è visto essere espressione del principio generale della correttezza e buona fede nei rapporti intersoggettivi.

Di talché, dal d.lgs. n. 104/2010 si evince la regola secondo cui "la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa<sup>254</sup> [...], recide, in tutto o in parte, il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antigiuridica alla conseguenze dannose risarcibili"<sup>255</sup>.

L'Adunanza Plenaria fa, quindi, notare come il superamento della regola della pregiudiziale, sul piano processuale, del giudizio di annullamento rispetto a quello risarcitorio sia in linea con il precedente assetto ordinamentale, all'interno del quale non era evincibile alcuna norma che condizionasse espressamente l'ammissibilità dell'*actio damni* alla caducazione dell'atto lesivo.

---

l'Amministrazione anche "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". Con la novella del 2012 questa facoltà, come si è visto, è stata espressamente inserita nel codice del processo amministrativo: ai sensi della parte finale dell'art. 34, comma 1, lett. c), infatti, "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

<sup>253</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 3.2 della motivazione: "Va, peraltro, osservato che il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in casi di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso". Su questo punto, v. CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 966, il quale evidenzia come "questa opzione disciplinare viene [...] ricondotta alla scelta [...] di offrire una piena tutela, sul piano sostanziale, all'interesse legittimo, essendo, in tal modo, connessa all'esigenza di valutare, nel merito e non nel solo rito, la sussistenza effettiva di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità civile".

<sup>254</sup> "Secondo il criterio del *più probabile che non*", precisa la Plenaria al punto 3.2 della motivazione.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

La soluzione appare, inoltre, coerente con l'ordinamento comunitario<sup>256</sup>, nonché con l'evoluzione della legislazione nazionale registratasi in tema di tecniche di tutela dell'interesse legittimo.

In particolare, ad avviso della Plenaria, la tesi della pregiudizialità amministrativa è in distonia rispetto alla “tendenza legislativa a superare il modello dell'esclusività della tutela impugnatoria”<sup>257</sup>.

A tal proposito, dalla sentenza n. 3/2011 vengono richiamate diverse norme che testimonierebbero il superamento della centralità, nel giudizio amministrativo, della tutela di annullamento degli atti illegittimi. Esse sono, in dettaglio, le disposizioni che hanno introdotto nel nostro ordinamento le azioni di nullità (art. 21 *septies* della legge n. 241/1990) e quelle di condanna (come l'art. 21 *bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), nonché l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, sui “vizi non invalidanti”, ed, infine, l'art. 34, comma 3, c.p.a., che consente al giudice di pronunciarsi sull'illegittimità del provvedimento impugnato, anche quando sia venuto meno l'interesse all'annullamento, se però sussiste quello ad ottenere il risarcimento<sup>258</sup>.

Questo è il primo passaggio “critico” della sentenza n. 3/2011 in quanto, in disparte l'art. 21 *octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990, che fa divieto al giudice amministrativo di annullare i provvedimenti affetti da vizi formali o procedurali che non ne inficino il contenuto sostanziale<sup>259</sup>, le altre disposizioni su richiamate non sono sufficienti onde ritenere superata la predominanza della tutela

---

<sup>256</sup> Nello stesso senso, v. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 marzo 2016, n. 340, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>257</sup> In senso adesivo alle conclusioni raggiunte, *in parte qua*, dalla sentenza n. 3/2011, v. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La “nuova” responsabilità della p. A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, 972, secondo cui “che l'azione costitutiva di annullamento [...] possa non essere più, teoricamente, un necessario passo da compiere non è altro che la conclusione logica, quasi scontata, dell'emersione della *conquistata meritevolezza* di molteplici bisogni e di altrettanto coerenti strumenti di protezione”.

<sup>258</sup> Di questa norma se ne è parlato, sia pure brevemente, nel par. 3 del presente capitolo.

<sup>259</sup> Ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, nella versione vigente al momento della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, infatti, “Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione non dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.



impugnatoria nel processo amministrativo. Le stesse, inoltre, se interpretate in quest'ottica, risultano contraddette dall'attuale evoluzione legislativa.

Il codice del processo amministrativo, infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla Plenaria, sembra nettamente orientato a favore della tecnica di tutela annullatoria dei provvedimenti illegittimi, la quale proprio nel d.lgs. n. 104/2010 ritrova il suo antico vigore<sup>260</sup>.

Basti pensare che, a parte l'azione di nullità (che, in ogni caso, conduce alla caducazione, entro un termine decadenziale, dell'atto viziato, al pari del ricorso per l'annullamento<sup>261</sup>), le altre domande esperibili dal privato, ad eccezione di quella risarcitoria (per la quale valgono, tuttavia, le considerazioni che si faranno di qui a breve), vanno proposte contestualmente all'azione impugnatoria.

In questo senso dispone, più nel dettaglio, l'art. 30, comma 1, c.p.a., secondo cui la domanda di condanna può essere proposta "contestualmente ad altra azione", cioè congiuntamente alla domanda di annullamento, essendo, quest'ultima, l'unica azione logicamente prodromica ad una pronuncia di condanna all'emanazione di un provvedimento amministrativo<sup>262</sup>.

Il condizionamento del giudizio di condanna alla tutela impugnatoria risulta, poi, ancora più marcato da quel riferimento, contenuto nella lettera dell'art. 30, comma 1, c.p.a., alla "contestualità" della proposizione delle due domande<sup>263</sup>. Per il legislatore, cioè, non è sufficiente che il privato eserciti

---

<sup>260</sup> Della stessa idea è QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, cit.; nonché, come si è visto in sede di esame dell'art. 30 c.p.a., espletata al par. 3 del presente capitolo, LEONE, MARUOTTI, SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit. 270; FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 514; CLARICH, *Azione di annullamento*, cit.

<sup>261</sup> Cfr. l'art. 31, comma 4, c.p.a., secondo cui "la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni [...]".

<sup>262</sup> In questo senso si orienta la stessa Adunanza Plenaria n. 3/2011 che, al punto 3.1 della motivazione, afferma espressamente che "la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio, non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31)". In merito, cfr. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 990, il quale ritiene che "l'interpretazione appare corretta in quanto conforme alla lettera della disposizione interpretata".

<sup>263</sup> La locuzione normativa in questione è stata criticata in dottrina. V., su tutti, VERDE, *Sguardo panoramico al Libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, 795, il quale sottolinea come l'art. 30, comma 1, c.p.a. susciti più di qualche perplessità sotto il profilo della tecnica redazionale adottata, in quanto non si comprende quale possa essere l'altra azione alla quale la domanda di condanna pubblicistica debba essere contestuale. Sostiene,

comunque le due azioni, magari anche in tempi ed in processi diversi, ma è, altresì, necessario che esse vadano esperite contemporaneamente, vale a dire nel medesimo contesto temporale e processuale<sup>264</sup>.

Una conferma della, ancora attuale, centralità del giudizio di impugnazione nel processo amministrativo è, altresì, rinvenibile nell'art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui, salva l'ipotesi della proposizione della domanda risarcitoria autonoma, "il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento". La legge, dunque, considera del tutto eccezionale l'eventualità che il giudice amministrativo possa occuparsi, solo *incidenter tantum*, della legittimità degli atti della p. A.; sicché, qualunque statuizione giudiziale che coinvolga l'esercizio di pubbliche funzioni, debba necessariamente passare attraverso il giudizio di annullamento dei provvedimenti amministrativi.

Nello stesso senso milita, inoltre, la prima parte dell'art. 34, comma 2, c.p.a., a tenore del quale "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"<sup>265</sup>. La norma, posta a tutela della discrezionalità dell'Amministrazione, è chiaramente ispirata dall'esigenza di ammettere il sindacato giudiziale sull'operato della p. A., solo dopo l'adozione di provvedimenti amministrativi, ciò che solitamente avviene proprio nel giudizio di annullamento.

Per restare sul terreno delle azioni, va, poi, osservato che anche la domanda risarcitoria, pur essendo proponibile autonomamente dall'impugnazione, non è insensibile alla mancata proposizione della domanda di annullamento, in

---

invero, l'A. che "l'art. 30 non lo dice. È probabile che sia rimasta nella penna del redattore la precisazione che l'altra azione sia quella di annullamento".

<sup>264</sup> In proposito v. SCOCA, *op. ult. cit.*, 990, il quale qualifica come eccessivamente rigida e formalistica la soluzione accolta *in parte qua* dal codice del processo. Per l'A., invero, "la richiesta al giudice del provvedimento favorevole implica necessariamente l'annullamento del provvedimento sfavorevole adottato dall'amministrazione, ma fare dell'annullamento l'oggetto di un'azione separata, che, ove non espressamente proposta, rende inammissibile l'azione di condanna, sembra eccessivo, e non in linea con il modello del giusto processo". In merito alla "contestualità" della proposizione delle due domande non si può che condividere quanto sostenuto dall'A., secondo cui "non si comprende [...] perché la proposizione debba essere contestuale: l'azione di condanna potrebbe ben essere proposta successivamente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio".

<sup>265</sup> Il medesimo dato normativo, "in una lettura sistematica del c.p.a.", è avanzato, altresì, da QUINTO, *op. ult. cit.*

quanto detto comportamento omissivo assume rilevanza ai fini della riduzione, se non proprio dell'esclusione, del risarcimento del danno<sup>266</sup>.

Anche il più volte citato art. 34, comma 3, c.p.a., lungi dal negare la centralità della tutela di annullamento, ne afferma, ad avviso di chi scrive, tutta la sua piena vitalità. Esso, infatti, disciplinando l'eventualità che la domanda risarcitoria venga proposta insieme a quella demolitoria, rappresenta un'ulteriore conferma della volontà legislativa di non accogliere *in toto* la teoria dell'autonomia pura tra le due azioni<sup>267</sup>.

In adesione a quanto fin qui sostenuto, possono inoltre essere avanzati altri dati normativi evincibili dal d.lgs. n. 104/2010, del pari orientati a favore della centralità della tutela di annullamento nel giudizio amministrativo.

Ci si riferisce, nello specifico, alle disposizioni dettate in tema di declaratoria di inefficacia dei contratti pubblici, di cui agli artt. 121 ss. c.p.a. Dall'applicazione delle norme suddette deriva, infatti, un forte condizionamento del giudizio di annullamento dei provvedimenti illegittimi sul giudizio di privazione di effetti del contratto, se solo si considera che, a tenore degli artt. 121 e 122 c.p.a.<sup>268</sup>, il giudice non possa dichiarare l'inefficacia dell'appalto, se non abbia precedentemente annullato l'aggiudicazione definitiva<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> A tal riguardo, v. QUINTO, *op. ult. cit.*, per il quale “rispetto alla prevalenza dell'azione di annullamento, l'autonomia della domanda risarcitoria sancita dall'art. 30, comma terzo, si atteggia come un rimedio derogatorio, e, sostanzialmente, residuale”; nonché SCOCA, *op. ult. cit.*, 994, secondo cui “anche in riferimento alla domanda risarcitoria l'esperimento dell'azione demolitoria resta necessaria, e, quindi, mantiene la sua centralità nel sistema delle tutele disegnato dal codice del processo amministrativo”.

<sup>267</sup> Cfr. QUINTO, *op. ult. cit.*, secondo cui “nella medesima direzione, cioè in termini squisitamente pragmatici e non certo potestativi, si colloca la previsione (art. 34, 3° comma) del potere-dovere attribuito al giudice, nel corso del giudizio, di limitarsi ad accertare l'illegittimità dell'atto, senza una inutile pronuncia demolitoria, se sussiste l'interesse del ricorrente ai fini risarcitori”.

<sup>268</sup> L'art. 121 c.p.a si occupa delle ipotesi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice commetta delle “gravi violazioni” della normativa sugli appalti pubblici. In tali eventualità, specificamente indicate dal legislatore, è previsto che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”. Di uguale tenore normativo è, poi, l'art. 122, c.p.a, dedicato alle violazioni non gravi della normativa sui contratti pubblici, il cui *incipit* afferma che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare l'inefficacia del contratto”.

<sup>269</sup> In merito ai rapporti tra l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e la pronuncia di subentro nel contratto d'appalto, delineati dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 – di recepimento della c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE ed, *in parte qua*, trasposto nel codice del processo amministrativo – parte della dottrina ha parlato di “pregiudizialità composta”. L'accoglimento della domanda di subentro nel contratto pubblico sarebbe, invero, subordinata ad una duplice pronuncia pregiudiziale del giudice amministrativo, ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Cfr., in proposito, le considerazioni svolte da

Da quanto precede, si deve, pertanto, concludere che con l’emanazione del codice del processo amministrativo l’interesse legittimo veda sicuramente rafforzato il suo “armamentario di tutele”<sup>270</sup> nei confronti dell’Amministrazione, visto che il legislatore ne assicura la protezione anche con azioni diverse rispetto a quella classica di annullamento. Tuttavia, non si tratta di una tutela piena e completa, in quanto l’attivazione di tali rimedi risulta in ogni caso condizionato, a seconda dei casi, sul piano sostanziale (per la domanda risarcitoria), ovvero su quello processuale (per le altre azioni), dall’esercizio della domanda di annullamento<sup>271</sup>.

Quanto al tema più specifico dei rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria, l’Adunanza Plenaria n. 3/2011 ritiene che essi vadano trasposti dal piano processuale dell’inammissibilità dell’*actio damni* proposta in forma autonoma, a quello sostanziale dell’accertamento del nesso di causalità tra danno-evento e conseguenze pregiudizievoli<sup>272</sup>.

Nel far ciò, i giudici amministrativi fanno ricorso all’istituto civilistico del nesso di causalità giuridica, sostenendo che l’art. 30, comma 3, c.p.a. riproduca, pur senza citarlo espressamente, il *dictum* dell’art. 1227, comma 2, c.c., che, come si è detto, esclude dal risarcimento quei danni che il creditore non ha evitato con l’ordinaria diligenza<sup>273</sup>.

---

BARTOLINI, FANTINI, FIGORILLI, *Il decreto di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, n. 6/2010, 660; CARINGELLA *La pregiudiziale amministrativa tra nuovo codice del processo amministrativo e decreto legislativo n. 53/2010 sugli appalti pubblici*, cit.; LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo amministrativo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>270</sup> Così, come si è visto in precedenza, PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.

<sup>271</sup> Cfr., in proposito, CORTESE, *L’Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 969, che in relazione all’azione di adempimento pubblicistico evidenzia come tale “tutela specifica, sia pur ampliata in proiezione positiva, è sempre prerogativa soggetta ad un regime peculiare e speciale, inattuabile al privato se non mediante l’attivazione, nei tempi e nelle forme prescritte, dei rimedi specifici propri della tutela pubblicistica”.

<sup>272</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 6 della motivazione: “detta indagine consente, in modo più appropriato, di introdurre il necessario temperamento all’autonomia processuale delle tutele cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria”. In questo senso, non può che condividersi l’opinione di COPPOLA, *L’art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., in nota 48, laddove l’A. afferma che l’Adunanza Plenaria aderisce alla teoria della c.d. “autonomia temperata”, cioè “dell’autonomia in rito dell’azione di risarcimento temperata dalla possibilità di una limitazione, nel merito del quantum risarcibile, ai sensi dell’art. 1227, comma 2, c.c.”.

<sup>273</sup> La conclusione non è così scontata, se solo si tengano presenti i dubbi manifestati da parte della dottrina circa l’inclusione tra gli oneri di diligenza di cui all’art. 1227, comma 2, c.c., della proposizione della domanda di annullamento. Cfr. PAOLANTONIO, *L’interesse legittimo come*

Più nel dettaglio, si può ritenere che l'Adunanza Plenaria fosse a conoscenza dell'indirizzo tradizionale della giurisprudenza civile<sup>274</sup> in favore dell'esclusione, dal novero dei comportamenti esigibili *ex bona fide* dal creditore, dell'esperimento di rimedi giurisdizionali; pur tuttavia, i giudici di Palazzo Spada considerano necessario superare il suddetto orientamento, facendo leva su un'interpretazione evolutiva dell'art. 1227, comma 2, c.c., che ricomprenda nell'onere di diligenza imposto al privato anche la proposizione della domanda di annullamento<sup>275</sup>.

Il punto di partenza del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato consiste, in particolare, nell'inquadramento dell'onere comportamentale in questione, non tanto nel dovere di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., quanto nel principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.

Ad avviso dei giudici amministrativi, quest'ultima disposizione impone ad ogni cittadino non solo di evitare di peggiorare la propria situazione pregiudizievole, a danno della controparte che è tenuta a risarcirlo, ma anche di agire efficacemente, affinché l'ammontare dei danni subiti non si aggravi nel tempo.

---

(nuovo) diritto soggettivo (in *margin* a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3), cit.: “in passato, il ricorso all'art. 1227 c.c. – spesso invocato per neutralizzare la giurisprudenza della Cassazione contraria alla pregiudiziale amministrativa – non mi era parso del tutto convincente perché sostanzialmente invocato quale causa di giustificazione sostanziale non processuale, della irrisarcibilità del danno da provvedimento illegittimo che non fosse stato preventivamente annullato”. La sentenza della Plenaria – prosegue l'A. – “non ha accortamente sposato tale atteggiamento intransigente, ed è per questo che il ragionamento da essa seguito è (oggi) del tutto condivisibile [...]”. Nello stesso senso, v. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit., la quale avverte che “sin dai primissimi dibattiti sul tema” l'A. stessa aveva sottolineato come il richiamo all'art. 1227 c.c. avrebbe comportato l'introduzione di “un limite sostanziale all'accoglimento dell'istanza (quello della diligenza nell'impedire il danno anche – e soprattutto – attraverso la previa o contestuale azione di annullamento) in virtù di una norma che la stessa Corte [di Cassazione] aveva costantemente negato l'utilizzabilità per le c.d. esigenze processuali”.

<sup>274</sup> Di cui si è dato conto nel par. 5 del presente capitolo.

<sup>275</sup> Cfr. LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, cit., il quale evidenzia come la Plenaria, compiendo questo passaggio logico-interpretativo, finisca per inquadrare perfettamente “la determinazione del risarcimento contenuta nell'art. 30, comma 3 nell'ambito del più generale problema della causalità nel codice civile, riscrivendone le regole [...]”. *Contra*, v. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992, secondo cui “è ovviamente nei poteri e nel ruolo dell'Adunanza Plenaria offrire una interpretazione più pesante [...] di ciò che deve intendersi per “ordinaria diligenza”, ma la circostanza che, così facendo, si dà luogo, interpretando la medesima disposizione, a due norme, profondamente diverse tra loro, e destinate a rimanere diverse nel tempo per la mancanza di un organo di nomofilachia generale, dovrebbe condurre a usare con prudenza di tali poteri”.

In altri termini, il creditore/danneggiato è tenuto non solo a porre in essere comportamenti negativi, in termini di astensione da attività che possano amplificare i danni-conseguenza, ma anche ad attivarsi, in senso positivo, al fine di evitare o ridurre il danno<sup>276</sup>.

Ovviamente, anche il Consiglio di Stato ritiene che non si possa in ogni caso pretendere che il creditore si sforzi oltre il limite rappresentato dal, già citato, criterio dell'“apprezzabile sacrificio”<sup>277</sup>, pena la violazione dello stesso principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.

Al quesito, se la proposizione della domanda di annullamento oltrepassi il criterio del ragionevole sacrificio, così da porsi in contrasto con il secondo comma dell'art. 1227 c.c., l'Adunanza Plenaria risponde, quindi, negativamente e, nel giungere a tale conclusione, svolge due considerazioni fondamentali.

La prima affonda le sue radici nell'orientamento più recente della Corte di Cassazione in tema di abuso del processo.

In particolare, il massimo organo della giustizia amministrativa fa riferimento a quell'indirizzo ermeneutico, il quale ritiene che il dovere di correttezza e buona fede nei rapporti intersoggettivi abbia piena vigenza ed operatività anche nella fase patologica del sinallagma, nonché in sede di reazione processuale all'altrui inadempimento<sup>278</sup>. Viene, così, citato il noto precedente giurisprudenziale<sup>279</sup> relativo al frazionamento giudiziale del credito unitario, condotta, quest'ultima, ritenuta dalla Suprema Corte contraria a buona fede e,

---

<sup>276</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3 cit., al punto 7 della motivazione: “la giurisprudenza più recente, muovendo dal presupposto che la disposizione in parola [l'art. 1227, comma 2, c.c.] non è formula meramente ricognitiva dei principi che governano la causalità giuridica consacrati dall'art. 1223 c.c., ma costituisce autonoma espressione di una regola precettiva che fonda doveri comportamentali del creditore impernianti sul canone dell'auto-responsabilità ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del comma 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno)”.

<sup>277</sup> V. par. 5 del presente capitolo.

<sup>278</sup> PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 447; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.

<sup>279</sup> La Plenaria si riferisce a Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Obbl. e contr.*, n. 10/2008, 784 ss.

quindi, sanzionabile con l'*exceptio doli generalis*, ovvero, con il rigetto della pretesa creditoria<sup>280</sup>.

Più nello specifico, in quell'occasione – presa da esempio dall'Adunanza Plenaria – il creditore aveva agito in plurimi giudizi, disarticolando in più parti il medesimo credito unitario che vantava nei confronti del debitore. Si trattava, cioè, di una condotta attiva del creditore, ritenuta dalla Cassazione violativa del generale obbligo di buona fede, in quanto la stessa, pur essendo formalmente conforme al paradigma normativo, disattendeva “il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali e processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse”<sup>281</sup>.

Il *revirement* interpretativo svolto dalla Plenaria n. 3/2011 consiste, pertanto, nell'applicare l'esposto principio giuridico anche alle scelte processuali di tipo omissivo, come la decisione di richiedere il risarcimento del danno senza impugnare l'atto illegittimo<sup>282</sup>. Questo comportamento, che il giudice amministrativo definisce abusivo delle regole processuali, potrebbe essere sanzionato, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., qualora si appurasse che le condotte attive omesse, se poste in essere, avrebbero, secondo un giudizio causale-ipotetico da svolgersi alla stregua del parametro civilistico del “più probabile che non”, evitato in tutto o in parte il danno.

---

<sup>280</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., la quale giudica abusiva la condotta di frazionamento del credito unitario, con “scissione del contenuto della obbligazione operata dal creditore, per esclusiva propria utilità e con unilaterale modificazione aggravata della posizione del suo debitore”.

<sup>281</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.1 della motivazione.

<sup>282</sup> In senso adesivo alle conclusioni interpretative raggiunte, *in parte qua*, dalla Plenaria, v. PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit., il quale definisce “efficace e raffinato” il rinvio che la sentenza n. 3/2011 fa all'elaborazione delle Sezioni Unite della Cassazione sull'abuso del processo. L'A. mostra così di condividere il ragionamento dell'Adunanza Plenaria, nella parte in cui afferma che “così come si abusa del diritto se si moltiplicano iniziative di tutela che potevano essere unitarie (unico credito parcellizzato in più azioni), allo stesso modo [...] si abusa del diritto che fa capo al danneggiato se si omette di fare ricorso in modo idoneo ad almeno uno dei molteplici strumenti che l'ordinamento appresta per cercare di limitare o inibire gli effetti dannosi dell'altrui ingiusta attività lesiva”. Nella medesima direzione si orienta QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, cit.; nonché PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, cit., il quale a proposito del riferimento al concetto di abuso nel processo, parla di opera di “civilizzazione” dell'interesse legittimo da parte della Plenaria del n. 3/2011.

A questo punto del ragionamento, la sentenza in commento svolge una seconda considerazione, quella secondo cui la proposizione della domanda di annullamento non consista affatto in un'attività gravosa ed eccessivamente onerosa che vada al di là del c.d. apprezzabile sacrificio.

Per il Consiglio di Stato, invero, “il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno [...] è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame”<sup>283</sup>.

Detta azione, inoltre, “se si eccettua il profilo del termine decadenziale, non implica costi ed impegno superiori a quelli richiesti per la tecnica di tutela risarcitoria, ed anzi si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante senza postulare la dimostrazione degli elementi invece necessari a fini risarcitori, quali l'elemento soggettivo, il duplice nesso eziologico nonché l'esistenza e la consistenza del danno risarcibile [...]”<sup>284</sup>.

Quindi, ad avviso della Plenaria, se il privato ha le possibilità, anche economiche, di intentare un giudizio risarcitorio nei confronti dell'Amministrazione, ben si può pretendere che costui eserciti la domanda di annullamento, la quale, oltre ad essere lo strumento appositamente predisposto dal legislatore per reagire alle illegittimità della p. A., è, senza dubbio, meno onerosa e conduce ad accertamenti meno complessi rispetto all'azione di danno<sup>285</sup>.

Questo è uno dei passaggi della decisione n. 3/2011 più criticati in dottrina, la quale, con un indirizzo, per la verità, minoritario, ritiene che la

---

<sup>283</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.3 della motivazione.

<sup>284</sup> *Ibidem*. In senso conforme a questo affermato dalla Plenaria in questo passaggio motivazionale, v. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*

<sup>285</sup> Cfr. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 447, il quale fa notare che “l'impugnazione del provvedimento illegittimo se in astratto può essere un'attività aleatoria e gravosa, non lo è di più di quanto non sia la proposizione di un'autonoma azione di danno, che comunque deve essere esperita dal danneggiato”.



proposizione della domanda di annullamento non possa essere inclusa tra i comportamenti esigibili dal privato, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.

Di queste obiezioni se ne terrà presente nel prosieguo, allorché si proverà a fornire un'interpretazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a. coerente con il quadro normativo e giurisprudenziale, anche successivo alla Plenaria del 2011.

Ciò da cui in questa sede non si può, invece, prescindere è l'analisi della parte finale della sentenza n. 3/2011, laddove i giudici di Palazzo Spada affermano che l'omissione della domanda di annullamento possa assumere rilevanza ai fini della riduzione del *quantum* risarcitorio.

Secondo l'Adunanza Plenaria, “la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte, il danno integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile”.

Dunque, secondo il giudice amministrativo, l'omissione della (non eccessivamente gravosa) domanda di annullamento ha un'indubbia efficienza eziologica nell'aggravamento del danno, sicché il privato non può chiedere il risarcimento di quei pregiudizi che egli avrebbe potuto eliminare, se avesse impugnato l'atto lesivo<sup>286</sup>.

A questa affermazione, già di per sé criticabile, in quanto troppo netta e precipitosa nelle sue conclusioni, la sentenza n. 3/2011 ne fa seguire un'altra, forse ancora più discutibile.

---

<sup>286</sup> Cfr. QUINTO, *op. ult. cit.*, il quale dal suddetto passaggio motivazionale trae la conclusione – per vero non peregrina – secondo cui “in pratica l'omessa tempestiva azione di annullamento esclude un danno risarcibile”.

Ad avviso della Plenaria, infatti, l'omissione dell'impugnazione, apprezzata congiuntamente alla proposizione dell'*actio damni*, assume rilevanza alla stregua di un comportamento, che il Consiglio di Stato definisce, senza esitazione alcuna, "opportunistic", che dovrebbe condurre il giudice amministrativo a negare il risarcimento del danno senza preoccuparsi della singola fattispecie concreta portata al suo vaglio<sup>287</sup>.

Tale principio giuridico, se applicato letteralmente, dovrebbe, pertanto, indurre l'organo giudicante a ritenere la condotta omissiva del danneggiato sempre e comunque contraria a diligenza, se non proprio "opportunistica", ogni qual volta essa si accompagni alla proposizione della domanda risarcitoria autonoma.

Questa affermazione, portata alle estreme conseguenze, è inaccettabile, in quanto conduce ad una sorta di automatismo logico-giuridico tra mancata attivazione del giudizio annullatorio ed esclusione del risarcimento, con buona pace delle intenzioni, pure solennemente manifestate in premessa dalla pronuncia n. 3/2011, di ampliare la tutela degli interessi legittimi<sup>288</sup>.

Ad integrazione e, si potrebbe dire, quasi a contemperamento del rigore della precedente affermazione, i giudici di Palazzo Spada, tuttavia, osservano che occorra, in ogni caso, fornire un'interpretazione lata "degli strumenti di tutela previsti" dall'ordinamento, il cui esercizio è richiesto dal privato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a.<sup>289</sup>

Tale ultima locuzione normativa è, cioè, idonea a ricomprendere non solo l'esercizio della domanda di annullamento, ma anche l'attivazione degli altri

---

<sup>287</sup> Cfr. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 443, il quale evidenzia che da una simile conclusione interpretativa possa derivare il rischio "che nella giurisprudenza successiva l'esclusione dei danni sia automaticamente e meccanicamente collegata alla mancata impugnazione del provvedimento, elidendo così ogni valutazione sulle specifiche circostanze di fatto".

<sup>288</sup> In proposito, v. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 990, il quale, in modo condivisibile, ritiene che "l'Adunanza Plenaria assume un atteggiamento che potremmo qualificare molto severo nei confronti del danneggiato, non altrettanto nei confronti della amministrazione danneggiante". Negli stessi termini, GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2015, 1107-1108.

<sup>289</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.4 della motivazione, laddove afferma che "la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia [...] del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca".

strumenti, di tipo extragiudiziale, predisposti dal legislatore in favore del cittadino<sup>290</sup>. Si pensi ai ricorsi amministrativi e ai c.d. inviti all'autotutela, per mezzo dei quali il danneggiato richieda, con una formale istanza rivolta all'Amministrazione, di rimuovere d'ufficio il provvedimento viziato e dannoso.

Si tratta, a ben vedere, di tecniche di tutela, senza dubbio, meno costose e meno rischiose rispetto all'introduzione del giudizio di annullamento, che dunque ben possono essere comprese nel novero dei comportamenti esigibili, *ex bona fide*, del danneggiato<sup>291</sup>.

Ne consegue, allora, che, nel giudizio di accertamento del nesso di causalità giuridica, valore centrale deve assumere anche l'eventuale condotta del cittadino che, pur avendo richiesto il risarcimento del danno senza aver impugnato l'atto illegittimo, abbia ciò nonostante sollecitato il soggetto pubblico a ritirare l'atto lesivo in autotutela<sup>292</sup>. In questo caso, invero, il privato non deve subire alcuna riduzione dell'ammontare risarcitorio poiché la proposizione del c.d. invito all'autotutela è di per sé sufficiente a ritenere la sua condotta conforme al canone dell'ordinaria diligenza, di cui all'art. 1227, secondo comma, c.c.<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Cfr. LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, cit., 998, secondo cui “nell'onere di diligenza rientra l'esperimento dei mezzi di tutela previsti dando così corpo alla tesi della “rilevanza” della necessità di proporre ogni mezzo di tutela esperibile”; nonché PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.; QUINTO, *op. ult. cit.*

<sup>291</sup> Fa notare LAMBERTI, *op. ult. cit.*, 998, come “del resto, nel progetto licenziato dalla Commissione, il Consiglio di Stato aveva proposto anche di fare riferimento all'esercizio dell'invito all'autotutela, così supponendo che l'onere di diligenza si poteva arrestare anche alla segnalazione all'amministrazione dell'illegittimità del provvedimento adottato, dei danni dallo stesso derivanti e della possibilità di evitarli o ridurli rimuovendo l'atto in autotutela”.

<sup>292</sup> Cfr. LAMBERTI, *op. ult. cit.*, 999, il quale ritiene che l'Adunanza Plenaria bene abbia fatto a ricondurre l'omessa impugnazione dell'atto lesivo nel concetto di “fatto” idoneo ad aggravare il danno. Da ciò consegue che la regola dell'art. 30, comma 3, c.p.a. operi “a tutto campo”, in quanto “essendo legata alla proposizione del ricorso “come fatto”, implica che al ricorso siano equiparati gli altri fatti che secondo un apprezzamento normale dell'ordinaria diligenza avrebbero contribuito a mitigare o ad eliminare il danno quali l'autotutela e i rimedi amministrativi”. Nello stesso senso, v., tra gli altri, CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 190, il quale già prima dell'emanazione del d.lgs. n. 104/2010 aveva ritenuto rientrasse nell'onere di diligenza in questione anche la proposizione di istanze di autotutela, “che sono valutate dal giudice in sede di quantificazione del risarcimento [...] attraverso un meccanismo ispirato a quello di cui all'art. 1227 del Codice civile”; nonché PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 448.

<sup>293</sup> In senso contrario v. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 991, secondo cui non è sufficiente che il privato abbia sollecitato l'Amministrazione ad esercitare i suoi poteri di autotutela, essendo, invece, necessario che “colui che si ritiene danneggiato da un provvedimento amministrativo” ponga in essere “tutti gli strumenti di tutela posti a sua disposizione, e, in particolare, deve impugnare il provvedimento

L'ultimo profilo esaminato dalla Plenaria del 2011 attiene agli aspetti probatori connessi all'accertamento del nesso di causalità giuridica, di cui agli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c.

In proposito, i giudici amministrativi affermano che occorre adattare il disposto della norma civilistica in questione alle peculiarità del processo amministrativo, che, a differenza di quello civile, è “imperniato sul metodo acquisitivo che permea l'operatività del principio dispositivo”<sup>294</sup>.

Pertanto, non è necessario che la parte resistente in giudizio eccepisca la condotta negligente del ricorrente al fine di convincere l'organo giudicante della necessità della mitigazione del risarcimento<sup>295</sup>. Al contrario, spetta al giudice valutare, anche d'ufficio, “se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di

---

e chiedere l'annullamento; altrimenti non avrà il ristoro dei danni che l'annullamento avrebbe evitato”.

<sup>294</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 8 della motivazione. Questo principio è stato più volte affermato in giurisprudenza, nonché codificato dall'art. 63, comma 2, c.p.a. secondo cui “il giudice, anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 e seguenti del codice di procedura civile; può altresì disporre l'ispezione ai sensi dell'articolo 118 dello stesso codice”. In dottrina esso è bene spiegato da SINISI, *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 208-209, in nota 3, la quale evidenzia come “l'art. 2697 c.c. costituisce [...] regola di ripartizione dei carichi probatori nei giudizi: il g. a. cioè interviene normalmente su istanza di parte; solo se le parti, senza colpa, non riescono per ragioni obiettive a raggiungere la prova completa, interviene d'ufficio”. In tema v. anche Cons. St., Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché SCOCA, *Art. 63*, in QUARANTA, LOPILATO, *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 543 ss.

<sup>295</sup> Questo meccanismo probatorio è, invece, operante in sede civile, il cui processo è maggiormente impregnato del principio dispositivo. In merito al riparto dell'*onus probandi* concernente l'evitabilità dei danni ex art. 1227, secondo comma, c.c., v. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 911, in nota 8, il quale, nel richiamare l'orientamento prevalente della giurisprudenza civile, afferma che “la discussione circa i danni evitabili dovrebbe [...] costituire oggetto di un'autonoma eccezione di parte in senso stretto, non potendo essere introdotta d'ufficio nel giudizio, al contrario della problematica relativa al concorso di cause nella determinazione del danno-evento, fra le quali è dato riscontrare [...] anche il concorso colposo del creditore/danneggiato, ai sensi del primo comma dell'art. 1227 c.c.”. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6, secondo cui “l'eccezione di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., non è rilevabile d'ufficio, e deve essere puntualmente sollevata da chi vi abbia interesse in modo analitico e circostanziato”; nonché, Cass. Civ., Sez. II, 5 aprile 2011, n. 7771, in *Giust. civ. Mass.*, n. 4/2011, 545; Cass. Civ., Sez. III, 12 marzo 2004, n. 5127, in *Giust. civ. mass.*, n. 4/2004; Cass. Civ., Sez. Lav., 8 giugno 1995, n. 6439, in *Lav. Giur.*, 1996, 250 ss.

causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno”<sup>296</sup>.

## **7. La giurisprudenza successiva conferma (quasi) all’unanimità le conclusioni dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011**

Il quadro giurisprudenziale sopravvenuto alla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011 si caratterizza per la presenza di un orientamento maggioritario del giudice amministrativo, che aderisce, *in toto*, alle conclusioni interpretative raggiunte in quella sede dal Consiglio di Stato<sup>297</sup>.

Accanto ad esso, sono, poi, individuabili due ulteriori indirizzi ermeneutici<sup>298</sup> che si discostano, almeno in parte ed ognuno per motivi diversi, dal

---

<sup>296</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 8 della motivazione. Questa conclusione non è vista con favore da alcuni Autori. Cfr., in particolare, LAMBERTI, *op. ul. cit.*, 1003, il quale definisce questo passo della motivazione come “il lato debole” della pronuncia, “il meno in linea con il carattere di processo di parti attribuito al processo amministrativo dal nuovo codice”; nonché GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, cit., 700, il quale fa notare come “in materia di azione risarcitoria, le posizioni delle parti sono paritetiche, di modo che non si giustifica l’applicazione del metodo acquisitivo: ciascuna delle parti è tenuta a introdurre in giudizio i fatti che ritiene rilevanti per l’accoglimento della sua domanda”. In senso adesivo alla Plenaria, v. QUINTO, *op. ult. cit.*, il quale evidenzia come si tratti di “una potestà non di poco conto riconosciuta al g. a. che diventa arbitro, in virtù del principio della «causalità ipotetica», della «pregiudizialità amministrativa»”; nonché NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l’autonomia? I nuovi rapporti tra l’azione risarcitoria e quella per l’annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui questa affermazione della sentenza n. 3/2011 rappresenti “un’ulteriore conferma della continua dilatazione della possibilità del giudice di incidere nel rapporto sostanziale complessivamente dedotto in giudizio, che si inserisce nell’ambito del disegno generale del codice del processo volto ad ampliare i poteri del giudice amministrativo allo scopo di fornire una tutela piena ed effettiva”.

<sup>297</sup> Cfr., Cons. St., Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910; TAR, Abruzzo, Pescara, Sez. I, 15 luglio 2016, n. 270; Cons. St., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 1565; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 25 aprile 2016, n. 891; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 marzo 2016, n. 340; Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2015, n. 2906; Cons. St., Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781; Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. St., Sez. III, 10 marzo 2014, n. 1126; TAR Veneto, Sez. I, 17 febbraio 2014, n. 1621; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1290; TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 151. Si tratta di pronunce tutte reperibili dal sito della giustizia amministrativa, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>298</sup> Ci si riferisce, in particolare a Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2015, 527 ss., su cui sia consentito rinviare alla mia nota *La «pregiudiziale amministrativa» e l’onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605, ivi, 532 ss.*; Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, in *Urb. app.*, n. 5/2012, 576 ss., con nota di FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*; in *La Rivista Neldiritto*, n. 2/2012, 294 ss., con nota di AULETTA, *Sulla valutazione del “comportamento complessivo delle parti” ai fini e per gli effetti di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a.*; nonché a Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), con nota di CAPIZZI, *Sulla rilevanza della mancata proposizione*

*dictum* del 2011. Tuttavia, come si vedrà, non si tratta di vere e proprie smentite giurisprudenziali all'orientamento della Plenaria, ma di pronunce che, più dettagliatamente, si preoccupano di specificare, se non proprio di correggere, i principi affermati dalla sentenza poc'anzi esaminata.

Orbene, anche il più recente e maggioritario orientamento del giudice amministrativo condivide, salvo qualche rara eccezione<sup>299</sup>, l'idea di fondo della sentenza n. 3/2011, secondo cui il codice del processo amministrativo abbia definitivamente accolto la regola dell'autonomia processuale della domanda risarcitoria rispetto a quella di annullamento<sup>300</sup>. Pertanto, è fuor di dubbio che, a fronte di una domanda risarcitoria proposta in forma autonoma, il giudice non debba dichiarare quest'ultima inammissibile, a motivo dell'omessa proposizione dell'azione di annullamento<sup>301</sup>.

A ciò si accompagna, poi, la considerazione secondo cui la mancata impugnazione dell'atto illegittimo assuma rilevanza sul profilo sostanziale della pretesa risarcitoria autonoma. Per vero, si ritiene che tra i comportamenti esigibili dal danneggiato, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c., sia da includere anche l'omesso esercizio dell'azione demolitoria.

---

*della domanda di risarcimento danni da attività amministrativa illegittima dopo l'intervento del d.lgs. n. 104/2010.*

<sup>299</sup> Ci si riferisce, in particolare, a TAR Lazio, Sez. III *bis*, 6 marzo 2014, n. 2670, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>300</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 marzo 2016, n. 340, cit. In senso contrario, v., però, TAR Lazio, Sez. III *bis*, 6 marzo 2014, n. 2670, cit., il quale occupandosi di una domanda di risarcimento del danno causato da un provvedimento amministrativo regolarmente impugnato, ma non annullato dallo stesso giudice amministrativo, afferma che “anche la richiesta di risarcimento del danno [...] non può essere accolta, atteso che in base all'art. 30 c.p.a. il mancato annullamento degli atti di gara impedisce l'inverarsi della pregiudiziale amministrativa, che a tutt'oggi caratterizza la richiesta risarcitoria collegata all'annullamento di un provvedimento”.

<sup>301</sup> V., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610, cit., il quale bene evidenzia che “doveva dunque ritenersi ammissibile il ricorso giurisdizionale volto esclusivamente ad ottenere il risarcimento del danno patito dagli atti amministrativi denunciati come illegittimi, proposto in carenza dell'annullamento degli atti stessi, atteso che non occorre ottenere il previo annullamento per chiedere il risarcimento dei danni [...], non sussistendo, secondo l'orientamento accolto dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria, un rapporto di pregiudizialità processuale tra i due rimedi”. In termini, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337, cit., che, pronunciandosi in un caso di tardività della proposizione della domanda di annullamento, statuisce che “ai sensi dello stesso art. 30 c.p.a., stante l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento, la declaratoria di irricevibilità del ricorso pronunciata con riguardo all'azione annullatoria non pregiudica la domanda di risarcimento danni, che deve pertanto essere esaminata”.

A tal proposito, è pressoché costante in giurisprudenza l'avvertimento circa l'importanza che l'impugnazione dei provvedimenti illegittimi riveste nel giudizio di responsabilità nei confronti dell'Amministrazione, in particolar modo per ciò che attiene alla quantificazione del risarcimento<sup>302</sup>.

Si tende, cioè, a ribadire quanto affermato dalla Plenaria n. 3/2011 circa la rilevanza, sul piano eziologico, che la caducazione degli atti amministrativi illegittimi esercita sulla riduzione del pregiudizio lamentato dal ricorrente.

Pur senza trascurare l'importanza che, ai fini dell'esclusione del danno, possano assumere i rimedi di tipo extragiudiziale, l'indirizzo in parola evidenzia, infatti, come l'annullamento giurisdizionale costituisca il principale strumento di tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione. Per vero, esso rappresenta il mezzo istituzionalmente predisposto dal legislatore al fine di mitigare il pregiudizio che l'atto illegittimo arrechi alle ragioni del privato<sup>303</sup>.

Di talché, i giudici amministrativi pervengono, quasi meccanicamente<sup>304</sup>, alla conclusione per cui, ogni qual volta il danneggiato ometta di impugnare l'atto lesivo, l'organo giudicante debba rigettare in tutto o in parte l'azione di danno poiché la caducazione del provvedimento, se domandata ed ottenuta dal ricorrente, avrebbe evitato "più probabilmente che non" il pregiudizio<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Cfr., in particolare, Cons. St., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 1565 cit.; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 marzo 2016, n. 340, cit.; TAR Veneto, Sez. I, 17 febbraio 2014, n. 1621, cit.; Cons. St., Sez. III, 10 marzo 2014, n. 1126, cit.

<sup>303</sup> Si ricordi quanto sul punto affermato da Cons. St., Ad Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., secondo cui "il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose". Considerazione, questa, da ultimo ribadita da TAR, Abruzzo, Pescara, Sez. I, 15 luglio 2016, n. 270, cit., il quale, a fronte di una domanda risarcitoria proposta in forma autonoma da un'impresa esclusa da una gara pubblica, osserva che non "può fondatamente sostenersi che l'impugnazione dell'aggiudicazione [costituisca] "attività straordinaria o gravosa", trattandosi invece dell'ordinario rimedio previsto a tutela dell'interesse a conseguire l'aggiudicazione".

<sup>304</sup> GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, cit., 1115.

<sup>305</sup> Cfr. TAR Veneto, Sez. I, 17 febbraio 2014, n. 1621, cit., che, senza procedere a nessun altro tipo di accertamento della situazione di fatto sottoposta al suo esame, si limita ad affermare che "la evidente illegittimità del provvedimento avrebbe sicuramente consentito al ricorrente di evitare il danno lamentato attraverso la richiesta e la successiva adozione di misure giurisdizionali adeguate. In difetto di tale doveroso comportamento non può imputarsi alla p. a. le conseguenze dannose che, invece, il ricorrente poteva evitare". Nello stesso senso, Cons. St., Sez. III, 10 marzo 2014, n. 1126, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337, cit.; nonché TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 151, cit., secondo cui "l'interesse all'annullamento, riferito al momento della conoscenza dell'esistenza dell'atto lesivo, si presentava allora suscettibile di adeguata soddisfazione, mentre la condotta complessiva dei ricorrenti, connotandosi

In altri termini, si sostiene che il privato, trascurando di coltivare gli strumenti giudiziali che il legislatore gli mette a disposizione per contenere il pregiudizio arrecatogli dall'Amministrazione, violi il canone della buona fede e correttezza nei rapporti intersoggettivi. Pertanto, non possono essere addossati alla p. A. quei pregiudizi che, essendo riconducibili alla mancata impugnazione, il danneggiato non ha, per sua negligenza, evitato<sup>306</sup>.

Ciò che, tuttavia, desta maggior interesse nell'attuale dibattito sulla "pregiudiziale amministrativa" sono alcune pronunce del Consiglio di Stato che, pur condividendo in linea di principio le conclusioni esegetiche raggiunte dalla Plenaria del 2011, sembrano, ad un'attenta lettura, allontanarsene.

Ci si riferisce, in primo luogo, ad una tendenza giurisprudenziale<sup>307</sup> volta ad interpretare l'onere di diligenza, di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a., in senso particolarmente agevole per il privato poiché dà maggior risalto, rispetto a quanto non faccia la sentenza n. 3/2011, agli altri strumenti, di tipo stragiudiziale, previsti dall'ordinamento a tutela del cittadino.

Si ritiene, cioè, che a rendere il comportamento del danneggiato conforme al canone della buona fede sia sufficiente l'esercizio dei ricorsi amministrativi interni, ovvero la formulazione del c.d. invito all'autotutela. Viceversa, non sarebbe affatto necessario che il cittadino esperisca il, ben più gravoso, rimedio impugnatorio al fine di ottenere innanzi al giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento illegittimo e dannoso.

In questo senso si esprimono, nello specifico, due importanti pronunce del Consiglio di Stato<sup>308</sup> che, succedutesi a distanza di qualche anno l'una dall'altra, sembrano ribadire, ed approfondire ulteriormente, il principio giuridico appena enunciato.

---

per scelte opportunistiche contrastanti con il canone della buona fede, ha palesato una chiara violazione degli obblighi cooperativi che, come si è detto, gravano sul creditore danneggiato".

<sup>306</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781, cit., il quale sottolinea come l'art. 1227 c.c. sia espressione, "sul piano teleologico, del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mirando a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso talvolta in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi".

<sup>307</sup> Inaugurata da Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit. e Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.

<sup>308</sup> Si tratta di Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit. e Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.



Entrambe prendono piede dalla considerazione secondo cui, con l'adozione del codice del processo, il legislatore abbia finalmente prescelto la teoria dell'autonomia processuale dell'azione di danno rispetto a quella impugnatoria, dando, però, importanza al mancato esercizio della domanda di annullamento in sede di quantificazione risarcitoria.

La prima di esse, in particolare, è una sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato del 29 novembre 2011, n. 6296, la quale si occupa del caso di un privato che ottiene dall'Amministrazione, in ritardo rispetto alla sua iniziale istanza, una concessione edilizia, da lui, però, giudicata illegittima.

Dopo aver comunicato all'ente pubblico le ragioni dell'invalidità del provvedimento, ed averlo diffidato a revocare lo stesso in autotutela, il danneggiato decide di ricorrere per ottenere il risarcimento del danno, senza tuttavia impugnare l'atto lesivo.

Il Consiglio di Stato ritiene la pretesa del ricorrente fondata, nonostante costui abbia omissis di esercitare la domanda di annullamento.

Il punto di partenza dell'*iter* argomentativo seguito dal giudice amministrativo, è il richiamo alla sentenza n. 3/2011, laddove l'Adunanza Plenaria afferma che “la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (c.d. invito all'autotutela)”<sup>309</sup>.

Sulla scorta di ciò, i giudici di Palazzo Spada, nella pronuncia n. 6296/2011, giungono alla conclusione secondo cui “non è allora esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme a diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione”<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 3.2 della motivazione.

<sup>310</sup> Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.

L'affermazione non è meramente ricognitiva del principio di diritto enunciato dalla Plenaria, ma, a ben guardare, sembra nascondere una diversa lettura dei rapporti tra la tutela risarcitoria e quella costitutiva.

Invero, per la prima volta dopo la sentenza n. 3/2011, i giudici amministrativi definiscono espressamente come “non esigibile”, ai sensi dell’art. 30, comma 3, c.p.a., l’esercizio della domanda di annullamento; o meglio, ciò che viene considerato inesigibile, non è tanto l’esperimento dell’azione impugnatoria, in sé e per sé considerata, quanto, piuttosto, l’obbligatorietà della sua proposizione<sup>311</sup>.

Si ritiene, cioè, che l’esercizio della domanda annullatoria possa, in astratto, essere inclusa tra i comportamenti esigibili, *ex bona fide*, dal danneggiato; tuttavia, il suo espletamento non deve essere ritenuto indispensabile, essendo sufficiente, ai fini della mitigazione del danno, la mera attivazione dei rimedi stragiudiziali di tutela<sup>312</sup>.

Più nel dettaglio, ad avviso del Consiglio di Stato, considerare la proposizione della domanda di annullamento presupposto essenziale affinché il comportamento del privato possa essere qualificato come diligente, andrebbe contro la *ratio* dell’art. 30 c.p.a. Questa, infatti, escludendo la necessità della previa impugnazione degli atti illegittimi ai fini dell’ammissibilità della domanda risarcitoria autonoma, *ex art.* 30, comma 1, verrebbe contraddetta, se si considerasse come indispensabile, ai sensi del terzo comma della medesima disposizione, l’esercizio dell’azione di annullamento.

La stessa lettera della legge sembrerebbe deporre in questo senso: l’art. 30, comma 3, c.p.a. parla di “strumenti di tutela” in senso ampio, senza cioè volersi

---

<sup>311</sup> V., in questo senso, AULETTA, *Sulla valutazione del “comportamento complessivo delle parti” ai fini e per gli effetti di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a.*, cit., 297, il quale ritiene che la soluzione fornita dalla sentenza in esame “si discosta radicalmente dall’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato”. In senso contrario v., però, FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 584, secondo cui la sentenza in esame si “allinea sostanzialmente” con il pronunciamento della Plenaria n. 3/2011. Per l’A., invero, le due decisioni vanno lette “in stretta sequenzialità, nel senso cioè che quella qui presa in considerazione si pone come il logico sviluppo delle conclusioni cui è pervenuta l’Adunanza Plenaria [...]”.

<sup>312</sup> Cfr. SPAVENTI, *Azione risarcitoria autonoma e concorso di colpa del creditore*, in *Corr. mer.*, n. 11/2012, 1061, nella nota di commento a TAR Piemonte, Sez. I, 19 aprile 2012, n. 459, *ivi*, 1056.

specificamente riferire agli strumenti di tutela di tipo giurisdizionale<sup>313</sup>, i quali, in ogni caso, non vengono considerati dal legislatore come “ineluttabili”<sup>314</sup>, ovvero come indispensabili. L’art. 30, infatti, utilizza la locuzione “anche attraverso”<sup>315</sup>, che è palesemente orientata nel senso di ritenere come meramente facoltativa l’attivazione dei rimedi previsti dall’ordinamento.

Alla luce di queste considerazioni, la Quinta Sezione ritiene allora sufficiente, al fine di considerare la condotta del danneggiato come diligente, che l’Amministrazione venga sollecitata, tramite l’avviso di danno, a rimuovere il provvedimento in autotutela<sup>316</sup>, senza che sia necessario gravare il privato dell’esercizio dell’azione demolitoria.

Si tratta, come è evidente, di un importante chiarimento dell’orientamento inaugurato dall’Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, la quale, nel definire la tutela impugnatoria come lo strumento appositamente predisposto dall’ordinamento per

---

<sup>313</sup> AULETTA, *Sulla valutazione del “comportamento complessivo delle parti” ai fini e per gli effetti di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a.*, cit., 299, secondo cui la locuzione utilizzata *in parte qua* dal legislatore “induce a preferire una lettura più ampia” volta a qualificare come diligente la condotta del ricorrente che abbia, tramite l’invito all’autotutela, messo la p. a. nella condizione di annullare d’ufficio il proprio atto.

<sup>314</sup> Così Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.

<sup>315</sup> Cfr. il più volte citato art. 30, comma 3, c.p.a., che, al secondo alinea, così prevede: “Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, *anche attraverso* l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

<sup>316</sup> Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.: “È sufficiente che l’amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito “avviso di danno” consistente nell’invito all’autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della lesione dell’interesse legittimo, l’obbligo (o, meglio, l’onere) di annullamento d’ufficio dell’atto illegittimo (art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990), al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal privato”.

reagire all'operato della p. A.<sup>317</sup>, fa suscitare il dubbio che il privato sia quasi costretto ad esercitare, comunque, la domanda di annullamento<sup>318</sup>.

Nella medesima direzione si pone, poi, un'altra pronuncia del Consiglio di Stato<sup>319</sup>, la quale si spinge addirittura oltre quanto affermato dalla decisione n. 6296/2011 appena esaminata.

Ci si riferisce alla sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 7 aprile 2014, n. 1605, riguardante un caso di occupazione illegittima di un suolo privato, prolungatasi oltre i termini consentiti dal provvedimento per mezzo del quale erano stati individuati i terreni da espropriare.

Il ricorrente, dopo aver manifestato, in sede di conferenza di servizi, la volontà di ottenere il risarcimento del pregiudizio derivante dal comportamento illecito dell'Amministrazione, decide di agire con l'*actio damni*, senza, però, impugnare l'atto iniziale.

Il giudice amministrativo dichiara la domanda risarcitoria pienamente fondata, non intravedendo nella condotta del privato, che aveva omesso di esercitare l'azione di annullamento, una violazione della clausola della buona fede. In questo caso, infatti, il pregiudizio non derivava dall'atto amministrativo rimasto inoppugnato, il quale era pienamente legittimo, ma dal comportamento complessivo tenuto dall'ente occupante.

Al di là della soluzione adottata nel caso di specie, ciò che colpisce della sentenza in esame è il principio giuridico dalla stessa affermato.

---

<sup>317</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, la quale al punto 7.2.3 della motivazione afferma che "il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno [...] è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame [...]" e che "la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile".

<sup>318</sup> Sul punto, v. D'HERIN, *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, n. 3/2012, 342-343, nella nota di commento a Cons. St., Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837, *ivi*, 331 ss. L'A. fornisce una lettura ben più radicale della sentenza n. 6296/2011, sostenendo che la stessa, "prendendo distanza dalle precedenti posizioni, ha invece apertamente escluso [...] la rilevanza ai fini risarcitori dell'omessa impugnazione dell'atto lesivo"; della medesima idea è SPAVENTI, *Azione risarcitoria autonoma e concorso di colpa del creditore*, cit., 1061.

<sup>319</sup> Cfr. Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit.

Più nello specifico, richiamando la precedente decisione n. 6269/2011, il Consiglio di Stato ritiene che “al fine dell’esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza non è necessario l’esperimento degli strumenti di tutela giurisdizionale, ma è sufficiente che la p. a. sia messa in condizione, tramite l’avviso di danno, di adottare gli opportuni provvedimenti”<sup>320</sup>.

Ancora una volta, dunque, il giudice amministrativo concentra la sua attenzione sulla proposizione di rimedi extragiudiziali di tutela da parte del danneggiato (in questo caso sulla manifestazione, espressa in sede di conferenza di servizi, della volontà di ottenere il ristoro del danno), considerando questo comportamento come sufficiente ai fini dell’integrazione del requisito dell’ordinaria diligenza di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a.

In questa circostanza, però, il Consiglio di Stato, pur formalmente adeguandosi al precedente giurisprudenziale della Quinta Sezione, sembra affermare un principio giuridico dalla portata applicativa ben più innovativa.

Se, invero, la sentenza n. 6296/2011 aveva parlato di non esigibilità del “necessario esperimento” della domanda di annullamento<sup>321</sup>, lasciando, così, trasparire la volontà di considerare quest’ultima come rimedio meramente facoltativo nelle mani del privato, la pronuncia n. 1605/2014 va invece oltre questo principio di diritto.

La Quarta Sezione, infatti, nel momento in cui afferma che, al fine dell’esclusione del risarcimento del danno, “non è necessario l’esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale”<sup>322</sup>, sembra voler sostanzialmente escludere dal novero dei comportamenti esigibili dal privato, ai sensi dell’art. 30 c.p.a., l’esperimento dell’azione di annullamento.

Poiché l’applicazione della norma in esame si fonda sulla collaborazione del privato, che deve essere contenuta entro il limite dell’apprezzabile sacrificio, non potrebbe, invero, qualificarsi come “normalmente esigibile” ciò che non è considerato dalla legge neppure come “necessario”.

---

<sup>320</sup> Cfr. Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit.

<sup>321</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit., secondo cui “non è allora esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all’ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione [...]”

<sup>322</sup> Così Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit.

Detto altrimenti, se si ritiene che la proposizione della domanda di annullamento non sia indispensabile “al fine dell’esclusione del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”<sup>323</sup>, non si vede come di detto comportamento possa essere gravato il danneggiato, ai sensi dell’art. 30, comma 3, c.p.a.

Per vero, imporre al privato di tenere una condotta, che lo stesso legislatore giudica come “non necessaria” al fine di raggiungere lo scopo cui la stessa è destinata, significherebbe onerare il danneggiato di un obbligo comportamentale abnorme ed irragionevole. Esso, infatti, risulterebbe in contrasto con la medesima clausola generale della buona fede, che si è visto essere non solo il fondamento, ma anche il limite di applicazione del concetto di “ordinaria diligenza” di cui agli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c.

Di conseguenza, al fine di considerare la condotta del creditore conforme a diligenza, sarebbe sufficiente (e dunque anche necessario) che costui esperisca unicamente i, meno gravosi e i meno rischiosi, rimedi di tutela di tipo stragiudiziale.

Così letta, la sentenza n. 1605/2014 sembra, allora, orientarsi in palese controtendenza rispetto alle conclusioni esegetiche raggiunte dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011, la quale ritiene che la domanda di annullamento sia il principale strumento posto a disposizione del privato per mitigare il danno, la cui proposizione debba essere, pertanto, considerata come ordinariamente esigibile dal danneggiato.

In senso diametralmente opposto all’approccio giurisprudenziale poc’anzi esaminato, si pone, invece, un terzo orientamento del giudice amministrativo<sup>324</sup>, il quale ricostruisce i rapporti tra le due forme tutela in modo, viceversa, più gravoso per il ricorrente<sup>325</sup>.

A questo indirizzo ermeneutico aderisce, in particolare, una decisione del Consiglio di Stato, emessa qualche giorno dopo la pubblicazione della pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011.

---

<sup>323</sup> Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit.

<sup>324</sup> Espresso, in particolare, da TAR Veneto, Sez. I, 17 febbraio 2014, n. 1621, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit.

<sup>325</sup> FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 585.

Si tratta della sentenza 31 marzo 2011, n. 1983<sup>326</sup>, con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato rigetta la domanda risarcitoria proposta in forma autonoma, dopo che il danneggiato aveva esperito avverso l'atto amministrativo ritenuto illegittimo unicamente il ricorso gerarchico<sup>327</sup>.

I giudici di Palazzo Spada, partendo dalla premessa per la quale, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., il privato avrebbe l'onere di intentare tempestivamente il giudizio di annullamento, giungono alla conclusione secondo cui non sarebbe sufficiente per ritenere il comportamento del danneggiato conforme all'ordinaria diligenza, che costui esperisca un ricorso amministrativo o che proponga un'istanza di autotutela.

Al contrario, sarebbe necessario che egli eserciti una vera e propria "domanda di giustizia", ossia che esperisca l'azione di annullamento giurisdizionale<sup>328</sup>. Ciò, in quanto "la previa operosa impugnazione giustiziale dell'atto illegittimo è presupposto dell'utilità e del fondamento stesso dell'azione risarcitoria"<sup>329</sup>.

Quest'ultima affermazione non è, a ben guardare, priva di rilievo in quanto dimostra come a fondamento della tesi vi sia il profondo convincimento circa la centralità della tutela impugnatoria nel processo amministrativo, a discapito di quella risarcitoria, la quale, sebbene sia oggi azionabile anche in forma autonoma, rimarrebbe pur sempre complementare all'annullamento<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit.

<sup>327</sup> NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>328</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit. secondo cui "non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto (come è avvenuto nella specie). Occorre una vera e propria domanda di giustizia, cioè che l'interessato si spinga al rimedio giustiziale disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo per ottenerne l'annullamento e dunque la cessazione della produzione degli effetti dannosi".

<sup>329</sup> Così Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit. In termini non dissimili si esprime Cons. St., Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, pur affermando di volersi adeguare alla sentenza n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria, all'uopo appositamente richiamata, giunge ad un'applicazione rigorosa dei principi giuridici dalla stessa enunciati. In particolare, sostiene il Consiglio di Stato che "non può ritenersi fondata la domanda di risarcimento senza l'accertamento di illegittimità della attività amministrativa, sia pure nel superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa". In questo modo, quindi, si stabilisce la presenza di una sorta di pregiudizialità secca, sul piano sostanziale, della tutela di annullamento rispetto a quella risarcitoria.

<sup>330</sup> Cfr., in proposito, CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa?*,

Diversamente opinando, prosegue la Sesta Sezione, si dovrebbe ammettere la validità nel nostro ordinamento della regola della totale indifferenza dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria: tesi, quest'ultima, che non è stata accolta dal codice del processo, né è stata mai realmente sostenuta dalla giurisprudenza, anche pre-codicistica<sup>331</sup>. Detta teoria, inoltre, non potrebbe, in ogni caso, essere condivisa perché, oltre a provocare un'irragionevole duplicazione delle tecniche di tutela a disposizione del privato nei confronti dell'Amministrazione, "innalzerebbe l'azione risarcitoria a rimedio facilmente prescelto per neutralizzare gli effetti di un atto lesivo". Sennonché, conclude il Consiglio di Stato, in questo modo si svilirebbe "lo strumento preminente di tutela contro le illegittimità amministrative, che è l'apposita azione di annullamento"<sup>332</sup>.

Da queste premesse di fondo, la sentenza n. 1983/2011 fa, pertanto, discendere la conseguenza secondo cui il privato, se vuole evitare di vedersi decurtato il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30 c.p.a., deve necessariamente impugnare il provvedimento viziato<sup>333</sup>.

---

cit., il quale ritiene che la sentenza in esame abbia opportunamente specificato i casi in cui la mancata impugnazione possa essere considerata contraria all'ordinaria diligenza. In particolare, "i giudici di Palazzo Spada, dopo aver sottolineato che "la previa operosa impugnazione giustiziale dell'atto illegittimo è presupposto dell'utilità e del fondamento stesso dell'azione risarcitoria" hanno specificato che, in tal modo, non si nega l'autonomia dell'azione risarcitoria che, infatti, resta ammissibile anche in assenza della preventiva azione di annullamento, ma il risarcimento del danno resta uno strumento ulteriore di soddisfazione dell'interesse dell'amministrato".

<sup>331</sup> In termini, CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 197-198, il quale evidenzia come la tesi dell'indifferenza delle due azioni "non è stata mai proposta né dalla Cassazione né in sede di lavori del Codice" ed "è del tutto minoritaria anche con riferimento agli altri ordinamenti europei".

<sup>332</sup> Così Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit. A favore delle conclusioni interpretative raggiunte dalla sentenza in esame si esprime GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, cit., 699 il quale ritiene che il Consiglio di Stato abbia in questo modo meglio specificato, rispetto a quanto sostenuto dalla Plenaria n. 3/2011, i rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria. Per l'A., in particolare, "se l'azione risarcitoria è un completamento della tutela, evidentemente a questo punto si può comprendere che colui che ha scelto di non utilizzare la tutela principale ma soltanto la tutela di completamento possa vedersi opporre, in sede di quantificazione del danno, la scelta che ha compiuto e, pertanto, la limitatezza ripristinatoria, anche dal punto del risarcimento, della pretesa che avanza". In senso critico, v. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012, 525, in nota 48, laddove parla di una "contraddizione" della conclusioni raggiunte in questa sede dal Consiglio di Stato con il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria, pure sostenuto, in premessa, dalla sentenza in rassegna.

<sup>333</sup> *Contra*, v. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 448, il quale definisce "discutibile" questa pronuncia del giudice amministrativo, successiva alla sentenza n. 3/2011. Per l'A., invero, "una simile specificazione delle conclusioni dell'Adunanza Plenaria [...] non sembra condivisibile perché elide ogni differenza tra determinazione dell'*an* e determinazione del *quantum* del risarcimento, e mortifica il



Tuttavia, precisa la Sesta Sezione, non si vuole, con ciò, affermare che sia individuabile nell'attuale sistema di giustizia amministrativa la presenza di una sorta di "pregiudizialità mascherata" tra le due azioni, tale per cui, omessa la domanda demolitoria, l'azione di danno sarebbe sempre infondata nel merito.

Al contrario, per addivenire alla riduzione del *quantum* risarcitorio, il giudice amministrativo dovrebbe pur sempre accertare, oltre all'efficienza eziologica che l'ipotetico annullamento dell'atto lesivo avrebbe prodotto sulla mitigazione del danno, anche "la colpevolezza ed inescusabilità"<sup>334</sup> del comportamento del privato, il quale abbia deciso di esercitare *l'actio damni*, senza impugnare il provvedimento illegittimo<sup>335</sup>.

Ad avviso di chi scrive, si tratta di una pronuncia di non poco conto in quanto, lungi dal tradursi in una mera specificazione di principi giuridici già affermati in giurisprudenza, assume – come si vedrà – un'indubbia portata innovativa. Essa, quindi, non può che avere un ruolo centrale nello studio dei rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria delineati dal codice del processo amministrativo.

Della stessa, e di altre, ci se ne dovrà pertanto occupare nel prosieguo della trattazione, allorché si proverà a fornire una soluzione ermeneutica dei rapporti fra i due rimedi che sia, allo stesso tempo, coerente col dettato legislativo ed in linea con l'interpretazione che gli operatori del mondo del diritto forniscono al tema in esame.

---

ruolo che il codice del processo amministrativo ha attribuito al giudice amministrativo nella valutazione della singola fattispecie concreta".

<sup>334</sup> Così Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit.

<sup>335</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit.: "In definitiva, ritiene il Collegio, la pretermissione, da parte del danneggiato da un atto dell'amministrazione, della previa domanda di giustizia contro l'atto stesso non costituisce sempre e comunque una violazione del canone di ordinaria diligenza ai sensi dell'art. 1227, cpv., Cod. civ. Una tale pretermissione può impedire, o limitare, il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che: a) la mancata azione giudiziale è caratterizzata da *colpevolezza* (secondo una concreta e ordinaria esigibilità); b) fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di *conseguenzialità diretta*, perché il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento".

### Capitolo terzo

## **L'ART. 30 C.P.A. E LA TESI DELLA RILEVANZA "SOSTANZIALE", MA "CONDIZIONATA", DELL'OMESSA PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA DI ANNULLAMENTO**

**SOMMARIO:** 1. *Premessa. Due possibili letture dell'art. 30, comma 3, c.p.a.* – 2. *La tesi della perdurante autonomia tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria* – 2.1. *La pars destruens: nel novero dei comportamenti esigibili dal danneggiato non rientra l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi* – 2.2. *La pars costruens: l'art. 30, comma 3, c.p.a. si riferisce unicamente al mancato esercizio degli strumenti di tutela stragiudiziali* – 3. *Segue: considerazioni critiche* – 4. *La tesi della "rilevanza sostanziale, ma condizionata", dell'omesso esercizio della domanda di annullamento* – 5. *Segue: il triplice accertamento del giudice amministrativo* – 5.1. *L'inquadramento della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo nel comportamento complessivo del danneggiato* – 5.2. *L'accertamento, in concreto, del nesso di causalità tra l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti e l'aggravamento del danno* – 5.3. *Il dolo o la colpa del danneggiato* – 6. *Considerazioni conclusive.*

### **1. Premessa. Due possibili letture dell'art. 30, comma 3, c.p.a.**

Così tracciato il quadro normativo ed interpretativo di riferimento, preme a questo punto individuare, ed adeguatamente qualificare, la soluzione che il codice del processo amministrativo accoglie al fine di sciogliere il nodo dei rapporti tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria.

Come si è visto, l'art. 30, comma 3, c.p.a., nella parte in cui afferma che il giudice amministrativo debba escludere dal risarcimento quei pregiudizi che il privato non abbia evitato usando l'ordinaria diligenza, "anche attraverso gli strumenti di tutela previsti", non è, da sé solo considerato, di ausilio in questa operazione<sup>1</sup>.

La lettera, volutamente generica, della norma, infatti, non permette di estrapolare con facilità un'interpretazione soddisfacente della medesima, che sia coerente, allo stesso tempo, con la *voluntas legis* e con i parametri costituzionali

---

<sup>1</sup> Cfr. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. e impr.*, n. 3/2011, 756, secondo cui l'art. 30, comma 3, c.p.a. è censurabile in termini di tecnica legislativa "per il mancato rinvio alle norme civilistiche sulla responsabilità extracontrattuale e contrattuale". Nello stesso senso, v. NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui la norma in parola, per come è formulata, non è idonea "a sanare l'importante dibattito in merito alla questione della pregiudiziale amministrativa".

della logicità e della ragionevolezza, nonché con quello di effettività della tutela del cittadino<sup>2</sup>.

Invero, dalla parte finale del terzo comma dell'art. 30 c.p.a. è possibile trarre più di qualche ipotesi ricostruttiva dei rapporti tra rimedio risarcitorio e rimedio cautelatorio nel processo amministrativo<sup>3</sup>.

Più nello specifico, in questa sede si proverà a fornire due possibili letture della disposizione in esame e, alla fine, si dovrà necessariamente optare per quella che meglio soddisfi i parametri logico-normativi di cui si è innanzi fatto riferimento.

Si tratta, in dettaglio, di due impostazioni esegetiche che, pur essendo in linea con la lettera della legge (ma ciò non è dirimente, vista la locuzione, intenzionalmente ambigua, utilizzata *in parte qua* dal legislatore), rispondono a logiche diverse e comportano delle conseguenze applicative altrettanto differenti.

La prima interpreta in chiave restrittiva il riferimento agli “strumenti di tutela previsti”, contenuto nell'art. 30, comma 3, c.p.a., gravando in questo modo il privato di un obbligo comportamentale meno oneroso.

Appare, quindi, evidente la compatibilità di questa linea ermeneutica con il principio costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, di cui all'art. 24 Cost., poiché comporta un'agevolazione processuale di non poco momento in favore del danneggiato che decida di agire con l'*actio damni* senza impugnare il provvedimento amministrativo<sup>4</sup>.

Essa, in definitiva, ripropone la teoria dell'autonomia pura della tutela risarcitoria rispetto a quella demolitoria, adeguandosi così al comma 1 dell'art. 30

---

<sup>2</sup> In termini non dissimili si esprime CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 964, per il quale il secondo periodo del terzo comma dell'art. 30 c.p.a., “che, pur riprendendone i toni, non contempla un immediato rinvio all'art. 1227 c.c., ha reso maggiormente attuale la riflessione sul significato di questo temperamento, sulla sua ampiezza e sulla tipologia di oneri e di poteri che, rispettivamente, incombono, in forza di esso, sulle parti e sul giudice amministrativo”.

<sup>3</sup> CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, 777.

<sup>4</sup> Sulla compatibilità della c.d. pregiudiziale amministrativa con il principio costituzionale di effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost., anche alla luce del nuovo codice del processo amministrativo, si rimanda, in particolare, all'interessante lavoro di INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

c.p.a., che espressamente attribuisce al privato la facoltà di chiedere il ristoro del danno anche autonomamente dall'impugnazione.

La seconda interpretazione enucleabile dalla norma in esame si fonda, invece, su una più lata esegesi della nozione di “strumenti di tutela previsti” e finisce per obbligare il danneggiato a porre in essere un comportamento ben più gravoso per evitare decurtazioni risarcitorie.

Come si vedrà, quest'ultima impostazione risponde più adeguatamente alle intenzioni del legislatore del 2010 e all'indirizzo maggioritario della giurisprudenza ad esso successiva, sacrificando, però, l'esigenza di garantire al privato, che si rapporti con l'Amministrazione, una tutela piena ed effettiva<sup>5</sup>.

Si tratta di quella che verrà definita come la teoria della “rilevanza sostanziale, ma condizionata” dell'omessa proposizione della domanda di annullamento sulla fondatezza della pretesa risarcitoria, ritenuta da chi scrive degna di essere condivisa per le ragioni che si esporranno di qui a breve.

## **2. La tesi della perdurante autonomia tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria**

Orbene, una prima plausibile lettura dell'art. 30, comma 3, c.p.a. si fonda su un'interpretazione restrittiva della norma in parola.

Si potrebbe, in altri termini, ritenere che il legislatore, nell'imporre al privato di evitare il danno usando l'ordinaria diligenza, “anche attraverso gli strumenti di tutela previsti”, esiga semplicemente che il creditore si avvalga dei soli strumenti stragiudiziali di tutela, senza, dunque, reputare necessaria l'attivazione del rimedio impugnatorio.

Volendo schematizzare, questa tesi si basa su di una *pars destruens*, volta a contestare l'impostazione teorica sottesa alla sentenza n. 3/2011, e su di una

---

<sup>5</sup> In questo senso, INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, cit.; nonché AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contr. e impr.*, n. 3/2012, 489, il quale sottolinea che la teoria della “rilevanza sostanziale dell'omessa impugnazione” si pone in contrasto non solo con l'art. 1 c.p.a., “secondo il quale «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo», ma per di più in contraddizione con quanto affermato dalla Corte Europea di Giustizia secondo la quale le modalità di tutela dei diritti attribuite ai singoli dal diritto comunitario [...] non possono rendere, alla luce del principio di effettività, eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti”.

*pars costruens*, orientata a fornire degli elementi interpretativi che avvalorino una lettura della disposizione in questione, diversa da quella avanzata in quella sede dal Consiglio di Stato.

*2.1. La pars destruens: nel novero dei comportamenti esigibili dal danneggiato non rientra l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi*

Cominciando dalla *pars destruens*, va evidenziato che la decisione della Plenaria n. 3 del 2011, nel cercare di dare un contenuto concreto all'inciso finale dell'art. 30, comma 3, c.p.a., giunge a delle conclusioni interpretative troppo rigide e svantaggiose per il cittadino<sup>6</sup>.

Ciò che si contesta ai giudici amministrativi è, in particolare, di dare eccessiva preminenza, in sede di giudizio di responsabilità civile nei confronti dell'Amministrazione, alla mancata proposizione della domanda di annullamento<sup>7</sup>, trascurando di considerare l'efficienza causale che gli altri strumenti di tutela, anche stragiudiziali, posti a disposizione del privato, esercitano sull'ammontare dei danni-conseguenza<sup>8</sup>.

I giudici di Palazzo Spada sembrano, inoltre, dimenticare che anche il soggetto pubblico, allorché commetta un fatto illecito, ha degli obblighi comportamentali da rispettare<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Di "interpretazione molto severa (per il danneggiato)" parla D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 575. In termini di "lettura rigida" della norma *de qua* si esprime SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 991; nonché, FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 583.

<sup>7</sup> LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 527; CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, cit., 776.

<sup>8</sup> Cfr. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 447, che, in modo efficace, evidenzia come "suscita qualche perplessità non tanto quello che l'Adunanza dice, che è condivisibile, quanto piuttosto quello che non precisa espressamente, forse a causa della specifica vicenda concreta". In particolare, la sentenza n. 3/2011 originava da una controversia "in cui la parte si era completamente disinteressata delle sorti del provvedimento illegittimo e oltre a non proporre tempestivo ricorso giurisdizionale o ricorso in via amministrativa, non aveva né contestato il provvedimento, né sollecitato i poteri di autotutela".

<sup>9</sup> Sicché, parte della dottrina ha obiettato che la soluzione adottata dalla Plenaria n. 3/2011 sia, in sostanza, "sbilanciata in favore della pubblica amministrazione". In questo senso si esprime, in particolare, GUANTARIO, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in FOLLIERI, BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 – 2015)*, Padova, 2015, 635 ss. Nella medesima direzione si orienta, inoltre, CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2013, 659; nonché SCOCA,

Come si ricorderà, infatti, il Consiglio di Stato, nel ritenere conforme all'ordinaria diligenza l'attivazione della tutela di annullamento, adduce a sostegno della tesi la circostanza secondo cui il rimedio impugnatorio sia lo strumento (non eccessivamente costoso, né particolarmente rischioso) che il legislatore appositamente predispone in favore del privato onde evitare il danno<sup>10</sup>. Pertanto, si perviene alla conclusione secondo cui la scelta del danneggiato di non avvalersi di tale rimedio si traduce in una violazione dell'obbligo di cooperazione<sup>11</sup>, che "impedisce il risarcimento del danno evitabile"<sup>12</sup>.

Non solo, ma detta opzione processuale, se accompagnata dalla proposizione dell'*actio damni*, rivela un comportamento "opportunistico"<sup>13</sup> del privato.

Da questo passaggio motivazionale, si deduce, dunque, che l'impugnativa dell'atto lesivo ed il suo conseguente annullamento siano strumenti essenziali<sup>14</sup> per evitare una decurtazione giudiziale del risarcimento, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c.<sup>15</sup>. Di talché, il ricorrente in

---

*Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992.

<sup>10</sup> Cfr. Cons. St. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.: "il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose".

<sup>11</sup> Cfr. Cons. St. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.: "Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame".

<sup>12</sup> Così Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr. SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale mette bene in evidenza come "in realtà l'esercizio dell'azione demolitoria rimane, secondo siffatto orientamento, necessario, ove si voglia ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti".

<sup>15</sup> Parte della dottrina critica questo passaggio della sentenza n. 3/2011, ritenendo che, così ragionando, il Consiglio di Stato abbia voluto fare riferimento, più che ad un caso di riduzione dell'ammontare risarcitorio, ad una totale "esclusione del risarcimento dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza impugnando in tempo il provvedimento lesivo; con una trasformazione della pregiudiziale di rito in pregiudiziale di merito, dalla quale far dipendere, ancor prima del *quantum*, lo stesso ammontare del risarcimento; una vera e propria sanzione per la condotta del privato che [...] non abbia impugnato nei tempi l'atto lesivo e sia venuto addirittura meno al dovere di impedire all'amministrazione di causargli (e/o di continuare a causargli) un danno ingiusto". Così si esprime, in particolare, AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, cit., 837-838. La medesima obiezione è, inoltre, sollevata da CIRILLO, *Il risarcimento del danno e l'incidenza della mancata proposizione dell'azione di annullamento nella sua valutazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sede riparatoria sarebbe indotto, se non proprio costretto, da tale *corpus* normativo ad esercitare anche, e prima di tutto, la domanda di annullamento<sup>16</sup>.

Va, tuttavia, osservato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella parte finale del suo *iter* argomentativo, pare correggere il tiro, affermando che l'eventuale omissione dell'impugnazione va, in ogni caso, apprezzata nell'ambito del globale comportamento del creditore, onde appurare se costui, pur avendo tralasciato di esercitare l'azione demolitoria, abbia attivato altri rimedi destinati alla caducazione dell'atto lesivo, quali i ricorsi amministrativi, ovvero le c.d. istanze di autotutela<sup>17</sup>. Così, sembra che il mancato utilizzo degli strumenti stragiudiziali di risoluzione della controversia debba assumere lo stesso rilievo logico e probatorio che l'omissione dell'impugnazione dei provvedimenti illegittimi riveste nel giudizio di accertamento del nesso di causalità giuridica<sup>18</sup>.

Sennonché, ad una attenta lettura della decisione n. 3/2011, si perviene ad una conclusione di tutt'altro tenore.

---

<sup>16</sup> Cfr. FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 583, il quale ritiene che, così interpretato, l'art. 30, comma 3, c.p.a. abbia introdotto una "pregiudiziale di merito" della tutela costitutiva rispetto a quella risarcitoria, "in grado di riproporre le medesime preclusioni che hanno alimentato il dibattito teorico e giurisprudenziale in epoca pre-codicistica". Nel medesimo senso, LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 527; nonché, AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, 537.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. St. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.4 della motivazione: "Va soggiunto che la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia - oggi recepita dagli artt. 30 e 124 del codice del processo amministrativo oltre che dall'art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici - del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca. Andrà allora ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte che, non implicando rilevanti costi e oneri, sono, a maggior ragione, esigibili, alla stregua dei canoni ermeneutici sopra esposti, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi e la proposizione di tempestive istanze volte a sollecitare la rimozione o la modificazione in autotutela del provvedimento illegittimo, in una agli ulteriori comportamenti diligenti idonei ad incidere in senso favorevole sul rapporto amministrativo oggetto del provvedimento illegittimo [...]". In merito, v. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Foro it.*, 2012, 46, il quale afferma che il rigore della posizione assunta dalla Plenaria nella prima parte della decisione viene "solo parzialmente temperato dal richiamo [...] alla necessaria considerazione della diligenza serbata dal danneggiato anche in contesti stragiudiziali".

<sup>18</sup> Tuttavia, come rileva PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 448, così non è. Per l'A., infatti, "il limite dell'Adunanza Plenaria sembra [...] quello di non aver sufficientemente precisato, a causa dello specifico caso concreto cui originava, che in caso di omessa impugnazione del provvedimento, una precedente attività stragiudiziale potrebbe essere sufficiente a non escludere il nesso di causalità rispetto alle conseguenze dannose derivanti dall'evento lesivo".

Più nello specifico, nella sentenza in esame è registrabile una non perfetta coerenza logico-giuridica tra il principio di diritto *in primis* menzionato e quello enunciato nella parte conclusiva della medesima<sup>19</sup>.

Se è vero, infatti, che la tutela costitutiva di annullamento è il rimedio che l'ordinamento istituzionalmente appresta in favore del privato per reagire alle illegittimità della p. A., tale per cui la sua attivazione conduce “più probabilmente che non”<sup>20</sup> all'eliminazione del danno – e, specularmente, il suo omesso utilizzo determina l'esclusione del risarcimento<sup>21</sup> –, non si vede quale spazio il giudice possa assegnare agli altri comportamenti del privato<sup>22</sup>.

In altri termini, se si ritiene che il ricorso per annullamento sia il mezzo normalmente idoneo ad evitare il danno, la sua mancata proposizione condurrà inevitabilmente l'organo giudicante a rigettare la domanda risarcitoria autonoma, a prescindere da qualunque altra indagine circa l'ipotetica diligente attivazione degli altri strumenti extragiudiziali di tutela<sup>23</sup>.

Accanto a questo primo profilo “critico”, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011 si espone, poi, ad una seconda obiezione, ovvero a quella di non tenere in debita considerazione l'eventuale comportamento omissivo del soggetto autore del fatto illecito, ossia della pubblica Amministrazione<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. LENOCI, *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, cit., 541.

<sup>20</sup> Così Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>21</sup> Cfr. SCOCA, *Piccola storia di un serrato “dialogo” tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., secondo cui è “eccessivo che, nella valutazione del “comportamento complessivo” del danneggiato, si concentri l'attenzione sulla sola reazione processuale avverso il provvedimento lesivo, cosicché la buona fede e la diligenza debba essere sempre esclusa se il danneggiato non abbia esperito l'azione demolitoria”.

<sup>22</sup> Cfr. SCOCA, *op. ult. cit.*, per il quale “sotto questo profilo la sentenza dell'Adunanza Plenaria non è [...] chiara: rileva correttamente che nel comportamento complessivo fanno parte anche le iniziative extraprocessuali del danneggiato, ma non chiarisce se l'adozione di una o più di tali iniziative sia sufficiente, in assenza dell'esperimento dell'azione demolitoria, a far ritenere corretto il “comportamento complessivo”; anche se sembra orientata a ritenere necessario l'esperimento dell'azione di annullamento”.

<sup>23</sup> LENOCI, *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, 541.

<sup>24</sup> Rilievo messo bene in evidenza da FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 585-586; nonché da TROPEA, *La traslatio iudicii si “schiude”, ma l'abuso “per omissione” di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, cit., 1444.



Non una parola il massimo organo della giustizia amministrativa, per vero, spende in questa direzione<sup>25</sup>, concentrando la sua attenzione soprattutto sul comportamento omissivo del privato<sup>26</sup>.

Che l'Amministrazione sia tenuta a collaborare con il danneggiato nella mitigazione del danno<sup>27</sup>, lo si deduce, viceversa, da due dati imprescindibili, l'uno di stretto diritto positivo, l'altro derivante da principi più generali.

Quanto al primo, va ricordato che l'art. 30, comma 3, c.p.a. impone al giudice amministrativo di considerare, in sede di quantificazione risarcitoria, anche "il comportamento complessivo delle parti", a cominciare da quello dell'Amministrazione<sup>28</sup>. L'ente pubblico sarebbe, così, onerato a mitigare il pregiudizio causato al privato, mediante la rimozione dell'atto fonte della lesione<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, cit. 796.

<sup>26</sup> Come si evince dalla lettura di Cons. St. Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, cit., i giudici amministrativi, nell'analizzare l'influenza che le condotte di entrambe le parti esercitano sull'ammontare dei danni-conseguenza, si preoccupano di scrutinare unicamente il comportamento del danneggiato. Ciò avviene in almeno tre passaggi della decisione in questione. Ci si riferisce, *in primis*, al punto 7.2.2 della motivazione, laddove il Collegio afferma che si debba preferire, al tradizionale orientamento espresso dalla Cassazione in merito all'art. 1227, comma 2, c.c., "un più duttile criterio interpretativo che [...] consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore"; nonché, *in secundis*, al punto 7.2.4 della motivazione, allorché i giudici di Palazzo Spada evidenziano che "la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia [...] del comportamento complessivo della parte [...]". Infine, il medesimo riferimento compare, poi, nel principio di diritto enunciato al punto 8 della motivazione, laddove l'Adunanza Plenaria afferma che il giudice amministrativo è tenuto a valutare "se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzo degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica [...] che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno".

<sup>27</sup> Cfr., in questo senso, AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, 845, il quale evidenzia che "l'obbligo di correttezza che grava sia sul danneggiato-creditore, ma soprattutto sul danneggiante-debitore, vorrebbe che a fronte di un provvedimento illegittimo fosse non già il privato a richiederne la rimozione ma piuttosto l'ente "colpevole" o "inadempiente" a rimuoverlo".

<sup>28</sup> Il medesimo rilievo è mosso da LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 532: "quello che però non convince del tutto, nell'articolata tesi del Consiglio di Stato, è l'assoluta concentrazione sulla condotta omissiva del danneggiato (nonostante l'art. 30 chieda al giudice di valutare il "comportamento complessivo delle parti"); con conseguente dilatazione dell'area entro la quale l'impugnazione finisce per rilevare a carico del danneggiato come comportamento ordinariamente esigibile"; nonché da FIGORILLI, *op. ult. cit.*, 585.

<sup>29</sup> Cfr. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 532, il quale giunge alla conclusione secondo cui "gli eventuali ulteriori danni conseguenti alla mancata rimozione dell'atto, devono imputarsi direttamente *ex art.* 1223 c.c. all'ingiustificata inerzia dell'amministrazione e non *ex art.* 1227, comma 2, c.c., alla mancata azione del privato".

In questo senso si orienta, inoltre, il secondo dato esegetico da considerare, ovvero quello discendente dai principi generali dettati in tema di responsabilità extracontrattuale.

Costituisce, invero, un precipitato applicativo del principio generale del *neminem ledere*, di cui all'art. 2043 c.c., l'obbligo del soggetto, che arrechi un danno ingiusto, di fare quanto sia nelle sue possibilità per ridurre, se non proprio eliminare, i pregiudizi conseguenti alla sua condotta illecita<sup>30</sup>. Alla medesima *ratio* si ispira, inoltre, il secondo comma dell'art. 1219 c.c., secondo cui non è necessaria la costituzione in mora del debitore, quando il debito derivi, come nel caso di specie, dal suo fatto illecito.

Di talché, anche per questa via, si perviene alla conclusione secondo cui l'Amministrazione danneggiante è tenuta, in modo cogente, ad agire per eliminare il danno provocato a terzi esercitando i suoi poteri di autotutela<sup>31</sup>.

Alla luce di queste prime considerazioni, non si può allora che condividere l'opinione di chi, criticando il *dictum* dell'Adunanza Plenaria, osserva che quello scelto dal massimo organo della giustizia amministrativa sia il significato più rigido che la lettera dell'art. 30, comma 3, c.p.a. consente si possa dare<sup>32</sup>. Aderendo all'impostazione dei giudici amministrativi, infatti, si dovrebbe ritenere

---

<sup>30</sup> BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2011, 1283; TROPEA, La traslatio iudicii si "schiude", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria, cit., 1444.

<sup>31</sup> Il medesimo principio giuridico è affermato da Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 698, in *www.dejure.giuffre.it*, della quale è utile riportarne i principali passaggi motivazionali. La Cassazione si chiede, invero, "se la P.A. possa essere ritenuta responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il mancato o ritardato annullamento di un atto illegittimo, nell'esercizio del potere di autotutela, ove tale comportamento abbia arrecato danno al privato". Per rispondere al quesito, i giudici civili partono, quindi, dalla considerazione secondo cui "il danno di cui si chiede il risarcimento in realtà deriva dal compimento dell'atto illegittimo, essendo l'intervento in autotutela solo il mezzo che avrebbe potuto eliminarne tempestivamente gli effetti". Di conseguenza, "ove il provvedimento di autotutela non venga tempestivamente adottato, al punto di costringere il privato ad affrontare spese legali e d'altro genere per proporre ricorso e per ottenere per questa via l'annullamento dell'atto, la responsabilità della P.A. permane ed è innegabile". Tuttavia, precisa in conclusione la Suprema Corte, "non si tratta [...] dell'indebita interferenza della giurisdizione sulle modalità di esercizio del potere amministrativo, ma dell'accertamento che il danno conseguente all'atto illegittimo ha esplicato tutti i suoi effetti, per non essere la P.A. tempestivamente intervenuta ad evitarli, con i mezzi che la legge le attribuisce". Nello stesso senso, Cass. Civ., 3 marzo 2011, n. 5120, in *Dir. giust.*, 2011, con nota di CORRADO; Cass. Civ., Sez. I, 23 luglio 2004, n. 13801, in *Foro amm. – CdS*, 2004, 2005 ss.

<sup>32</sup> Cfr. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 991, il quale sostiene che del terzo comma dell'art. 30, comma 3, c.p.a. "è stato scelto il significato più radicale tra quelli che le espressioni letterali utilizzate avrebbero consentito".

che il privato, affinché possa essere considerato diligente, debba necessariamente impugnare l'atto lesivo, perché è questo l'unico rimedio che, ordinariamente e logicamente, è servente alla riduzione del danno<sup>33</sup>.

Una tale impostazione non è, però, sostenibile, in quanto, in disparte le considerazioni strettamente dogmatiche che si andranno ad esporre di qui a breve, mortifica eccessivamente la riforma del 2010<sup>34</sup>, improntata, come la stessa sentenza n. 3/2011 ha avuto modo di affermare, al principio dell'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella costitutiva<sup>35</sup>.

Una diversa lettura della disposizione in esame è, dunque, possibile<sup>36</sup>.

Essa, come si è anticipato, si fonda sulla netta negazione che tra i comportamenti esigibili dal danneggiato, *ex art. 30, comma 3, c.p.a.*, possa essere annoverata la proposizione della domanda di annullamento.

A supporto di ciò, si può addurre più di qualche considerazione.

In primo luogo, va ricordato che le motivazioni sottese alla scelta legislativa di condizionare la tutela risarcitoria all'omessa formulazione della domanda di annullamento, sono essenzialmente di due tipi: a) evitare comportamenti opportunistici del privato<sup>37</sup>; b) garantire all'Amministrazione un risparmio della spesa pubblica<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., 740, il quale fa notare che nelle intenzioni della Plenaria “formalmente si invoca l'art. 1227 e quindi si resta all'interno del diritto civile. Nella sostanza si forza il dato normativo, sino a configurare l'azione impugnatoria (e persino l'istanza cautelare) come un diritto-dovere”; nonché MADDALENA *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., 550, il quale avverte che “sotto il profilo dell'effettività della tutela, tuttavia, resta il forte dubbio che in sostanza nulla sia cambiato per il ricorrente che non abbia tempestivamente impugnato. Se infatti sotto il profilo del diritto processuale sicuramente è vero che una pronuncia di inammissibilità è radicalmente diversa da un rigetto, posto che solo alla seconda può attribuirsi – secondo l'opinione prevalente – il valore di cosa giudicata materiale, dal punto di vista sostanziale della tutela del privato, entrambe le pronunce significano il mancato ristoro di un danno assertivamente subito”.

<sup>34</sup> Cfr. D'HERIN, *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, cit., 340.

<sup>35</sup> In proposito, v. FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., il quale osserva che “l'applicazione in termini letterali del comma 3 dell'art. 30 c.p.a.”, avallata dalla Plenaria, “pur corretta sul piano formale, contribuisce a far riemergere tutti i dubbi avanzati da più parti con riferimento alle intenzioni del legislatore di superare l'impasse in cui si è radicato il ben noto scontro giurisprudenziale tra giudice ordinario ed amministrativo su tale specifico aspetto”.

<sup>36</sup> Così BACCARINI, *“Scelta” delle azioni e valutazione della “necessità” dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1283.

<sup>37</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, cit. Come è noto, questa giustificazione era alla base della tesi della pregiudizialità amministrativa, tradizionalmente sostenuta dal Consiglio di

Orbene, entrambi gli obiettivi risultano già adeguatamente perseguiti e soddisfatti dal legislatore, mediante l'utilizzo di quel peculiare strumento processuale costituito dal termine di decadenza di centoventi giorni entro cui il danneggiato è tenuto ad esercitare l'azione di danno<sup>39</sup>.

Non vi è dubbio, infatti, che l'imposizione di un così breve termine perentorio entro cui attivarsi per chiedere il ristoro del danno, da un lato, responsabilizza efficacemente il creditore a non sfruttare a proprio favore il trascorrere del tempo<sup>40</sup>, dall'altro lato, tranquillizza l'Amministrazione, perché non la espone troppo a lungo alle altrui pretese risarcitorie<sup>41</sup>.

Sicché, non avrebbe alcun senso condizionare, ulteriormente – questa volta sul piano sostanziale –, la pretesa risarcitoria avanzata da chi subisce una lesione dal fatto illecito della p. A., all'attivazione anche della tutela costitutiva<sup>42</sup>.

Del resto, la tesi che dava rilevanza alla mancata impugnazione del provvedimento illegittimo nel giudizio di accertamento del nesso di causalità

---

Stato prima dell'emanazione del d.lgs. n. 104/2010. In senso critico alla suddetta *ratio*, v. però PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit., il quale ritiene che la pregiudiziale amministrativa, anche di tipo sostanziale, si riveli inidonea a preservare la p. A. da scelte opportunistiche del privato, “atteso che è ben possibile formalmente proporre un'azione di annullamento ma poi non sollecitarne la definizione affidandosi agli ordinari tempi lunghi e così attendendo che l'atto produca irreversibili effetti, formulando all'esito la domanda risarcitoria”.

<sup>38</sup> Circostanze, queste, bene evidenziate da MICHELETTI, *Brevi note sull'irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*, in *Foro amm. – CdS*, n. 11/2009, 2256; GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, cit., il quale, in merito all'esigenza di contenimento della spesa pubblica, fa notare come la giurisprudenza amministrativa precedente al d.lgs. n. 104/2010 avanzava a sostegno della rilevanza sostanziale della omessa proposizione della domanda di annullamento, l'art. 81 Cost., “sul rilievo secondo cui un'azione risarcitoria svincolata dal termine di decadenza dell'azione impugnatoria determina [...] un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica”. Cfr., in particolare, Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, cit. Nella medesima direzione si orienta, più di recente, CLARICH, *Azione di risarcimento proposta in 120 giorni*, in *IlSole24ore*, 5 aprile 2011, 33, il quale ritiene che l'art. 30, comma 3, per come è formulato, sia stato previsto “per evitare aggravii eccessivi all'erario”.

<sup>39</sup> Si ricordi, infatti, che ai sensi della prima parte dell'art. 30, comma 3, c.p.a., l'azione risarcitoria nei confronti della p. A. va esercitata entro il termine di decadenza di centoventi giorni, decorrenti “dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”.

<sup>40</sup> Facendo lievitare a dismisura l'ammontare dei pregiudizi e quindi del *pretium*, a titolo risarcitorio, che la p. A. danneggiante sarebbe tenuta a corrispondergli.

<sup>41</sup> Lo stesso rilievo è avanzato da SCOCA, *Piccola storia di un serrato “dialogo” tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.: “il legislatore delegato si è fatto carico della preoccupazione finanziaria; e il modo più semplice per esorcizzarla è stato quello di sottoporre l'esercizio dell'azione risarcitoria, resa autonoma [...] ad un breve termine di decadenza, anziché all'ordinario termine di prescrizione”.

<sup>42</sup> Così, CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 967.

giuridica, si era affermata in un'epoca in cui gli interpreti<sup>43</sup>, inquadrando pacificamente la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi nel paradigma aquiliano, ritenevano che l'azione di danno andasse proposta entro il ben più lungo termine di prescrizione di cinque anni<sup>44</sup>. La possibilità di avanzare pretese risarcitorie entro un così ampio spazio temporale poteva, invero, indurre i privati a sfruttare a proprio favore il trascorrere del tempo per far lievitare l'ammontare dei danni da risarcire, a tutto discapito del pubblico erario.

Se questo è vero, risulta allora illogico<sup>45</sup> avallare, oggi, la medesima impostazione teorica di allora, dal momento che il codice del 2010 muta radicalmente il regime temporale della tutela risarcitoria nei confronti della pubblica Amministrazione<sup>46</sup>.

Dunque, già la previsione di un così contenuto termine decadenziale, entro cui esercitare l'*actio damni*, depone, da sé sola, nel senso di ritenere irragionevole,

---

<sup>43</sup> Tra i sostenitori di questa tesi v., in giurisprudenza, Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 23 settembre 2008, n. 780, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18 maggio 2007, n. 386 cit.; Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, cit.; nonché, in dottrina, CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, 658; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., 47 ss.; MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, cit., 81 ss.; VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, cit., 86.

<sup>44</sup> Cfr. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.A. al vaglio del giudice amministrativo*, cit., 1001, il quale intravede "un profilo di contraddizione all'interno dell'argomentare proprio della stessa Plenaria: i pretesi precedenti che, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, potrebbero avvalorare la medesima lettura sostenibile sulla base del c.p.a. [...] si fondavano sull'applicabilità dell'art. 2043 c.c. e, quindi, in un contesto nel quale un temperamento della regola dell'autonomia dell'azione risarcitoria doveva ragionevolmente sussistere a fronte del (lungo) termine di prescrizione quinquennale". Lo stesso rilievo è avanzato da SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.

<sup>45</sup> Cfr. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.A. al vaglio del giudice amministrativo*, cit., 1001-1002.

<sup>46</sup> Nello stesso senso, AGRIGOLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, cit., 850, il quale evidenzia che la trasformazione del termine di prescrizione in termine di decadenza è già di per sé "lesiva del diritto di difesa del privato e che diventa ancora più gravosa laddove si pretenda che nel frattempo il danneggiato cooperi anche con l'amministrazione al fine di evitare l'aggravarsi del danno facendo rimuovere anzitempo il provvedimento lesivo".

in quanto eccessivamente onerosa per il danneggiato, l'imposizione a suo carico dell'onere di proporre anche la domanda di annullamento<sup>47</sup>.

Nel medesimo senso milita, inoltre, una seconda considerazione, del pari attinente al termine di decadenza cui è sottoposto il rimedio risarcitorio.

Come è stato più volte affermato, detto strumento di tutela va proposto entro centoventi giorni dalla conoscenza del provvedimento dannoso, ovvero dalla verifica del fatto lesivo; dunque, dopo solo sessanta giorni dal termine entro cui il privato può attivare il giudizio di annullamento<sup>48</sup>.

Di conseguenza, quand'anche si volesse condizionare la tutela risarcitoria all'utile esperimento di quella costitutiva, sarebbe difficile ipotizzare che, entro un così circoscritto arco temporale, l'eventuale condotta omissiva del privato possa concretamente aggravare la situazione pregiudizievole già causata dal provvedimento non impugnato<sup>49</sup>.

Detto altrimenti, se il danneggiato può esperire l'*actio damni* fino a centoventi giorni dalla conoscenza dell'atto lesivo, il pregiudizio, che un eventuale annullamento giurisdizionale (non richiesto) può evitare, è quello che si verificherebbe nel limitato *spatium temporis* che va dalla scadenza del termine per impugnare alla scadenza di quello per introdurre la domanda risarcitoria<sup>50</sup>. Anzi, come avverte attenta dottrina<sup>51</sup>, neanche tale danno, dato che il legislatore consente al cittadino di reagire contro le illegittimità dell'Amministrazione, servendosi, altresì, del ricorso straordinario al Capo dello Stato che, come è noto,

---

<sup>47</sup> CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 967. Nello stesso senso, GUANTARIO, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit.

<sup>48</sup> SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992.

<sup>49</sup> Così CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 658; nonché SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992, il quale si chiede: "come può incidere una differenza temporale così limitata sulla condotta del danneggiato, rendendola conforme o difforme dal comportamento di buona fede?". Negli stessi termini, GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, cit., 1129.

<sup>50</sup> Così SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 576-577; nonché GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>51</sup> SCOCA, *op. ult. cit.*

è proponibile entro il medesimo termine di centoventi giorni decorrenti dalla conoscenza dell'atto lesivo<sup>52</sup>.

Pertanto, fino a quando è pendente il termine per esercitare il ricorso straordinario, non si può, di certo, ritenere che il privato, il quale agisca con l'azione di danno in forma autonoma, sia negligente ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., poiché sarebbe ancora in tempo per azionare detto rimedio giustiziale di tutela.

Infine, va osservato che la proposizione della domanda di annullamento non è, da sé sola, sufficiente ad arrestare l'aggravamento della situazione pregiudizievole arrecata al privato, essendo all'uopo necessario esercitare, accanto ad essa, anche l'azione cautelare<sup>53</sup>.

Per vero, solo la sospensione dell'atto viziato è in grado di fornire un'utilità concreta al danneggiato, impedendo al provvedimento impugnato di produrre effetti, almeno fino alla conclusione del giudizio di merito.

Sennonché, così ragionando, si aggraverebbe ulteriormente la posizione del danneggiato, il quale sarebbe a questo punto onerato anche di detta incombenza processuale<sup>54</sup>, in evidente contrasto con la stessa clausola della "ordinaria diligenza".

---

<sup>52</sup> Cfr. l'art. 9, comma 1, D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199: "Il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell'atto impugnato o da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza".

<sup>53</sup> Obiezione sollevata, in particolare, da BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, cit.; nonché da SCOCA, *op. ult. cit.*, in nota 84, laddove l'A. osserva che "sotto questo profilo, la sentenza dell'Adunanza Plenaria non può considerarsi esauriente". In dettaglio, per l'A. "si pone il problema: sono risarcibili i danni che il provvedimento amministrativo illegittimo continua a produrre per tutta la durata del processo di annullamento, se il ricorrente non ha chiesto la tutela cautelare? Ovvero, se l'ha chiesta tardi? O se, avendola chiesta, non l'ha ottenuta?". Negli stessi termini, v. PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2587.

<sup>54</sup> Cfr. GUANTARIO, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., il quale fa notare che "a questa stregua, i rischi e i costi processuali a cui il danneggiato sarà costretto, appaiono, addirittura, più onerosi della pregiudiziale amministrativa in rito che, quanto meno, non imponeva anche l'attivazione del rimedio cautelare". Nel medesimo senso, v., in giurisprudenza, Cons. Giust., Amm. Regione Sicilia, 8 maggio 2002, n. 267, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché, Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Corr. giur.* n. 1/2009, con nota di DE LUCA, *Il giudice amministrativo alle prese con le regole risarcitorie*, *ivi*, 116 ss. Come avverte il Consiglio di Stato, "il privato non può essere certo che una volta chiesta la misura cautelare [...] questa gli verrà concessa. D'altro canto, anche l'eventuale accoglimento del merito non garantisce che la misura cautelare, ove diligentemente proposta, sarebbe stata accolta. Ad opinare diversamente, del resto, vi sarebbe il concreto pericolo di dare la stura ad un uso indiscriminato e distorto dell'istanza cautelare [...]". Vi sarebbero, pertanto,

Ne deriva allora, che, onde evitare una siffatta conclusione, si dovrebbe negare in radice che tra gli “strumenti di tutela previsti”, di cui all’art. 30, comma 3, c.p.a., possa essere inclusa la proposizione della domanda di annullamento<sup>55</sup>.

2.2. *La pars costruens: l’art. 30, comma 3, c.p.a. si riferisce unicamente al mancato esercizio degli strumenti di tutela stragiudiziali*

Analizzando la *pars costruens*, va osservato che, se si volesse dare un senso concreto alla lettera della legge – senza contemporaneamente sacrificare la pienezza e l’effettività della tutela del cittadino<sup>56</sup> –, si potrebbe ritenere che nel concetto di “ordinaria diligenza” debba farsi rientrare unicamente l’attivazione di rimedi extragiudiziali, come le c.d. istanze di autotutela<sup>57</sup>.

In questa direzione sembrano, infatti, orientarsi diversi indici ermeneutici, a cominciare dalla stessa formulazione dell’art. 30 c.p.a., che, essendo generica sul punto, ben può essere limitata alla mera proposizione di istanze stragiudiziali. Si potrebbe, cioè, ritenere che il legislatore, non avendo specificato quali strumenti di tutela il danneggiato debba esercitare onde evitare una decurtazione risarcitoria, abbia accettato l’idea che sia a tal uopo sufficiente, e allo stesso tempo necessaria<sup>58</sup>, la presentazione di mere istanze di autotutela<sup>59</sup>.

Come si è innanzi affermato, infatti, è compito primario del soggetto che arrechi il danno ingiusto rimuovere, per quanto sia nelle sue possibilità, i

---

almeno tre motivi per non ritenere esigibile *ex bona fide* anche la proposizione della domanda cautelare. Dubbi sull’inclusione nell’onere di diligenza del danneggiato della presentazione della domanda cautelare sono, altresì, avanzati da BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 251.

<sup>55</sup> Cfr. D’ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 576, il quale, adducendo le medesime considerazioni appena esposte, afferma che “appare non dovuto, e comunque inutile e superfluo, l’esperimento dell’azione di annullamento”.

<sup>56</sup> Esigenza evidenziata, tra gli altri, da SCOCA, *op. ult. cit.*

<sup>57</sup> Tesi fortemente sostenuta in dottrina da BACCARINI, *Scelta” delle azioni e valutazione della “necessità” dell’annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1284-1285; SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992; CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 659; SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., 740-741; BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 250-251.

<sup>58</sup> Data l’obbligatorietà, ai sensi dell’art. 30, comma 3, c.p.a., della riduzione risarcitoria da parte del giudice amministrativo.

<sup>59</sup> Cfr. BACCARINI, *Scelta” delle azioni e valutazione della “necessità” dell’annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1285: “l’enunciato normativo non richiede né che gli strumenti siano di tutela giurisdizionale, né che il loro esperimento sia indispensabile per agire con ordinaria diligenza (anche attraverso...)”.



pregiudizi conseguenti al medesimo. Ciò vale, a maggior ragione, nei rapporti tra privato e pubblica Amministrazione, i quali sono caratterizzati da una posizione di intrinseca debolezza<sup>60</sup>, sia sul piano informativo<sup>61</sup>, sia su quello economico, del primo soggetto rispetto al secondo<sup>62</sup>.

Di conseguenza, il creditore/danneggiato, il quale si limitasse a sollecitare l'ente danneggiante a rimuovere il provvedimento illegittimo in via di autotutela, adempirebbe adeguatamente ai suoi oneri collaborativi impostigli dall'art. 30, comma 3, c.p.a.<sup>63</sup>

Questa interpretazione, inoltre, qualora accolta, sarebbe perfettamente in linea con il più volte citato orientamento tradizionale della Corte di Cassazione<sup>64</sup>, in tema di diligenza del creditore/danneggiato di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 534-535.

<sup>61</sup> Non sempre il cittadino è in grado di conoscere i motivi di illegittimità dell'azione amministrativa; di conseguenza, non si può pretendere che costui si attivi sollecitamente a proporre motivati e fondati ricorsi giurisdizionali tendenti alla demolizione del provvedimento illegittimo, onde evitare una riduzione del risarcimento del danno ingiustamente patito.

<sup>62</sup> La condizione di asimmetria informativa ed economica del privato nei confronti della p. A. è bene evidenziata da AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, cit., 840 ss., secondo cui la disciplina dell'art. 30, comma 3, c.p.a., per come interpretata dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, è in contrasto con l'evoluzione della legislazione italiana e, prima ancora, comunitaria dettata in tema di protezione del soggetto posto in condizione di debolezza contrattuale nei confronti della controparte. Evidente è il riferimento alla normativa consumeristica, che, come è noto, è orientata a favore del contraente debole, ovvero del consumatore. Secondo l'A., il codice del processo amministrativo, va, invece, in senso opposto a questa tendenza legislativa, in quanto "la tutela accordata dall'ordinamento, anzi imposta dalla logica consumeristica dell'Unione Europea alle parti dei contratti asimmetrici sia stata addirittura capovolta: dalla tutela del contraente debole alla tutela del contraente forte".

<sup>63</sup> Cfr. BACCARINI, *Scelta delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1284: "siccome l'amministrazione dispone di autotutela, correlativamente il dovere del danneggiato ha per contenuto il comportamento necessario e sufficiente a consentire l'esercizio di quel potere, ossia quello che i civilisti chiamano l'avviso del danno". In senso parzialmente difforme, si esprime, però, LUCIANI, *op. ult. cit.*, 533 ss.; nonché AGRIFOGLIO, *op. utl. cit.*, 845 ss. i quali, facendo leva sulla condizione di asimmetria informativa ed economica tra le due parti del rapporto, ritengono che il privato non debba nemmeno essere tenuto a sollecitare l'Amministrazione a rimuovere l'atto lesivo in autotutela, la quale sarebbe dunque tenuta ad agire in tal senso spontaneamente.

<sup>64</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 17 maggio 2006, n. 11498, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19139, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit.

<sup>65</sup> In questi termini, BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 251.

Sicché, non sarebbe necessario “forzare”<sup>66</sup> la lettera di quest’ultima disposizione, onde includere tra i comportamenti esigibili dal privato anche l’attivazione del ben più gravoso rimedio giurisdizionale di tutela<sup>67</sup>.

Infine, va ricordato che a sostegno della tesi si sarebbe potuto avanzare un ulteriore dato emergente dal diritto positivo, ovvero l’art. 243 *bis* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, norma, tuttavia, non più in vigore a seguito del recente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>68</sup>, che introduce nel nostro ordinamento il nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>69</sup>.

Come è noto, l’art. 243 *bis* disciplinava il c.d. preavviso di ricorso, uno strumento per mezzo del quale i soggetti che avessero voluto proporre un ricorso giurisdizionale avverso le determinazioni delle stazioni appaltanti avrebbero dovuto preventivamente informare queste ultime della presunta violazione dalle stesse commessa, nonché della loro intenzione di ricorrere innanzi al giudice amministrativo<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Più di qualche Autore non condivide l’idea di includere tra le condotte esigibili dal creditore, ai sensi dell’art. 1227, comma 2, c.c., la proposizione della domanda di annullamento. Altrimenti, opinando – è il ragionamento – si opererebbe una vera e propria “forzatura” del *dictum* normativo in questione. V., *ex multis*, BUSNELLI, *La responsabilità per l’esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 558; SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., 740; nonché, prima ancora dell’intervento della sentenza n. 3/2011, BALLERO, *L’azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>67</sup> La tesi che ritiene sufficiente ad integrare una condotta del privato conforme a diligenza, *ex art.* 1227, comma 2, c.c., la proposizione di una semplice istanza di riesame è stata avanzata, in dottrina, anche prima dell’emanazione del codice del processo amministrativo. V., in particolare, MIRATE, *Azione di annullamento e azione di risarcimento del danno: rapporto di pregiudizialità o autonomia?*, cit., 1101; nonché, MICHELETTI, *Brevi note sull’irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell’amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell’ordinamento pubblicistico*, cit., 2256, in nota 18, per il quale l’argomento che fa leva sull’inesigibilità della proposizione di azioni giudiziarie ai sensi della norma civilistica in esame vale “a maggior ragione” nel caso delle pubbliche Amministrazioni, “poiché esse sono dotate di poteri di autotutela, e quindi non serve nemmeno l’interposizione del giudice – ma è sufficiente l’annullamento d’ufficio – per riportare la situazione in uno stato tale che non è più idoneo a produrre danni”.

<sup>68</sup> Dedicato espressamente all’“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

<sup>69</sup> Nel nuovo codice, infatti, non è stata riprodotta la norma di cui all’art. 243 *bis* d.lgs. n. 165/2006.

<sup>70</sup> Cfr. l’art. 243 *bis*, dell’abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il cui comma 1 così disponeva: “Nelle materie di cui all’art. 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale”.

Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina<sup>71</sup>, detto istituto sarebbe dovuto servire a prevenire il contenzioso tra pubblica Amministrazione ed imprese partecipanti ad una gara pubblica, stimolando la prima a rimuovere in autotutela il provvedimento illegittimo e dannoso<sup>72</sup>. Si sarebbe, cioè, trattato di una vera e propria ipotesi, legislativamente prevista, di istanza di autotutela.

Come recitava il terzo comma dell'art. 243 *bis*, infatti, la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione del preavviso di ricorso, avrebbe dovuto comunicare le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dal privato nella propria istanza, "stabilendo se intervenire o meno in autotutela".

Ciò che interessava maggiormente la dottrina era, però, il quinto comma della norma in questione, il quale sanzionava il comportamento del privato che avesse omesso di comunicare il preavviso di ricorso<sup>73</sup>, utilizzando lo strumento della decurtazione risarcitoria previsto dall'art. 1227 c.c.<sup>74</sup>

Di conseguenza, nel caso in cui l'impresa, dopo aver omesso di inviare l'informativa alla stazione appaltante, avesse agito in sede giurisdizionale al fine di ottenere la riparazione del danno che il provvedimento (non rimosso in autotutela) gli avesse arrecato, il giudice amministrativo sarebbe potuto addivenire

---

<sup>71</sup> Cfr., *ex multis*, BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in VILLATA, BERTOLISSI, DOMENICHELLI, SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori servizi e fornitura*, Tomo I, Padova, 2014, 980 ss.; ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Milano, 2010, 97 ss.; PONTE, *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*, in *Urb. app.*, n. 7/2010, 762 ss.; TARULLO, *L'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); SANINO, *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

<sup>72</sup> Nonostante vi fosse unanimità di vedute circa la finalità (deflattiva del contenzioso) da assegnare al preavviso di ricorso, dubbi permanevano, invece, in merito alla natura giuridica da riconoscere alla posizione soggettiva sottesa a detto istituto. In particolare, alcuni autori si esprimevano in termini di "esercizio meramente facoltativo" di detto strumento da parte delle imprese: cfr. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 982. Per ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, cit., 106, invece, si trattava di un "onere", ovvero di un "dovere" incombente sul privato. Ad avviso di TARULLO, *L'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, cit., infine, si era al cospetto di un vero e proprio "obbligo giuridico" in capo alle imprese di comunicare alle stazioni appaltanti l'informativa in parola.

<sup>73</sup> Nonché della stessa stazione appaltante, che fosse rimasta inerte a fronte di tale istanza.

<sup>74</sup> Cfr. l'art. 243 *bis*, comma 5, dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: "L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

ad una riduzione del *quantum debeatur*, da attribuire alla condotta negligente della medesima<sup>75</sup>.

Lo stesso meccanismo si sarebbe, allora, potuto traslare in ambito più generale<sup>76</sup>, per ritenere che anche l'art. 30, comma 3, c.p.a., nel richiamare gli "strumenti di tutela previsti", si riferisca unicamente alle istanze di autotutela che, al pari di quella contemplata in materia di contratti pubblici, il privato sarebbe tenuto ad inviare alla p. A. onde evitare che il giudice adito in sede risarcitoria riduca l'ammontare dei pregiudizi da ristorare<sup>77</sup>.

Sennonché, l'argomento che fa leva sul vecchio art. 243 *bis* risulta, oggi, nettamente depotenziato, essendo l'istituto del preavviso di ricorso, come si è detto, in radice abrogato dalla recente riforma del codice dei contratti pubblici<sup>78</sup>.

### 3. Segue: considerazioni critiche

La tesi su esposta, pur essendo suggestiva sul piano della politica del diritto – poiché apporta un sicuro vantaggio al cittadino che intenda ricorrere in sede risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione<sup>79</sup> –, non può, se si seguono parametri più strettamente interpretativi, essere accolta.

---

<sup>75</sup> ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, cit., 114.

<sup>76</sup> In questo senso si orientavano, in particolare, RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., 745; BACCARINI, *Scelta delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1285-1286.

<sup>77</sup> Cfr. RENNA, *op. ult. cit.*, secondo cui l'istanza di autotutela costituisce "già oggi uno strumento generale a disposizione dei soggetti interessati con riferimento a qualsiasi materia" e "a tale strumento [sono] quindi estendibili le considerazioni sin qui svolte riguardo all'istituto del preavviso di ricorso, ai rapporti tra questo e gli obblighi di diligenza e lealtà gravanti anche sull'amministrazione e alla rilevanza di tali rapporti ai fini della prevista applicazione dell'art. 1227 c.c."; nonché BACCARINI, *op. ult. cit.*, 1286, per il quale "nel processo amministrativo, in cui il soggetto si confronta con il potere pubblico, la clausola generale dell'art. 30 comma 3 trova specificazione nell'enunciato normativo dell'art. 243-*bis* del codice dei contratti pubblici che, malgrado la collocazione e in ragione del collegamento con gli enunciati codicistici, è norma generale".

<sup>78</sup> Per una breve disamina delle novità apportate dal d.lgs. n. 50/2016, si rinvia a MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, 659 ss.

<sup>79</sup> Secondo SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., la tesi della perdurante autonomia della tutela costitutiva rispetto a quella risarcitoria è da preferire perché risponde adeguatamente all'esigenza di garantire ai cittadini una tutela "piena ed effettiva", che "contraddice a inutili appesantimenti a carico di coloro che la richiedono". Alle medesime conclusioni perviene CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 656 ss., il quale ritiene che la pregiudiziale amministrativa, riletta in chiave sostanziale dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sia di

Un ostacolo di non poco momento è, in primo luogo, ravvisabile nella formulazione letterale dell'art. 30, comma 3, c.p.a. che, a parere di chi scrive, manifesta la chiara volontà del legislatore di condizionare la tutela risarcitoria non soltanto alla proposizione di istanze di autotutela, ma anche, e prima ancora, all'esperimento della domanda di annullamento<sup>80</sup>.

Non vi è dubbio, infatti, che, avendo il legislatore utilizzato la locuzione omnicomprensiva di "strumenti di tutela previsti", senza specificazione alcuna, non è possibile escludere dal campo di applicazione dell'art. 30 alcuno dei mezzi di tutela che l'ordinamento appresta in favore degli interessi legittimi<sup>81</sup>.

Detto altrimenti, l'ampia formulazione normativa utilizzata *in parte qua* dal codice del processo amministrativo deve essere intesa per come è scritta, ovvero estensivamente.

Del resto, che sia questo il senso della disposizione in parola, è evincibile dalla stessa Relazione di accompagnamento al codice del processo, secondo cui "in relazione alla nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, si è optato per [...] l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'art. 1227 cod. civ. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento".

Ad ulteriore conferma di ciò può, poi, essere avanzato un ulteriore dato, emergente dai lavori preparatori al d.lgs. n. 104/2010<sup>82</sup>.

---

ostacolo all'effettività di tutela del cittadino, garantita a più riprese dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

<sup>80</sup> Cfr., GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit., il quale, già prima dell'intervento della Plenaria n. 3/2011, criticava l'orientamento dottrinale che riteneva sufficiente, al fine di ritenere adempito l'onere di diligenza in questione, il "semplice invito all'Amministrazione ad esercitare i suoi poteri di autotutela", indipendentemente dall'impugnazione dell'atto lesivo. Per l'A., "tale pur comprensibile approccio interpretativo, in linea con quanto originariamente previsto dal testo del Codice elaborato dal Consiglio di Stato, sembra [...] in contrasto con il tenore della norma definitivamente licenziata ed entrata in vigore".

<sup>81</sup> Di questa idea è la maggior parte della dottrina. Cfr., *ex multis*, BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 555 ss.; CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa?*, cit.; BARRA CARACCILOLO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, cit., 759; CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui, che "la locuzione «anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti» sia evocativa della facoltà di impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento lesivo causativo del danno non sussiste dubbio".

<sup>82</sup> Nello stesso senso, BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 556, il quale si concentra sul passaggio "politicamente significativo" dell'articolo dedicato all'azione di condanna, dalla versione elaborata

Va, infatti, ricordato che l'attuale formulazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., e specificamente la sua parte finale, rappresentano il frutto di un delicato compromesso raggiunto tra la posizione del Governo e le istanze avanzate dalle Commissioni parlamentari.

Il primo, in particolare, avrebbe voluto espressamente includere nel concetto di "ordinaria diligenza" anche l'esperimento dell'"impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi"<sup>83</sup>.

Le seconde, invece, erano orientate in senso contrario, in quanto ritenevano che l'attivazione della tutela costitutiva fosse eccessivamente gravosa per il danneggiato.

Se, dunque, la soluzione alla fine adottata è espressione di una volontà compromissoria, la stessa non può essere indebitamente sovvertita in via interpretativa, escludendo dal novero dei comportamenti esigibili dal privato proprio l'esercizio di quello strumento che il legislatore delegato, unico soggetto detentore del potere decisionale e normativo in materia, intendeva invece espressamente includere.

L'argomento, che fa leva sulla sussistenza di un autonomo obbligo dell'Amministrazione di rimuovere, *motu proprio*, il provvedimento lesivo, non è, inoltre, condivisibile, in quanto non è sufficiente, da sé solo considerato, ad escludere che il privato possa collaborare con la p. A. nella riduzione del pregiudizio dalla stessa provocato. Rientra, infatti, nella piena discrezionalità del legislatore pretendere che il danneggiato cooperi in questo senso, esercitando, se del caso, anche un'azione giurisdizionale.

Del resto, il terzo comma dell'art. 30 già si occupa, ma in altra sede, della condotta inerte dell'Amministrazione, laddove impone al giudice di valutare "il comportamento complessivo delle parti", tra le quali non può che essere, *in*

---

dalla Commissione Speciale, "apertamente ispirata al superamento del principio della c.d. pregiudizialità amministrativa", a quella licenziata dal Governo, preoccupato di "favorire un recupero della centralità dell'azione di annullamento nel processo amministrativo".

<sup>83</sup> La bozza di articolo 30 proposta del Governo era, in particolare, così formulata: "Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi".

*primis*, compreso il soggetto pubblico, il quale sarebbe per questa via tenuto a rimuovere il provvedimento lesivo in autotutela.

Quanto al richiamo all'art. 243 *bis* dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, va, infine, osservato che, in disparte le precedenti considerazioni in merito alla sua mancata riproposizione nel nuovo codice dei contratti pubblici, l'istituto non sarebbe, in ogni caso, paragonabile ad una semplice istanza di autotutela.

A tal proposito, giova ricordare che quella di cui si occupava l'art. 243 *bis* non era, a rigore, una vera e propria ipotesi di c.d. avviso di danno, in quanto, oltre a sollecitare la p. A. a rimuovere l'atto lesivo, perseguiva, altresì, la finalità di evitare l'insorgere di un'eventuale controversia tra l'impresa e la stazione appaltante. Quindi sarebbe più corretto inquadrare l'istituto *de quo* tra gli strumenti deputati alla deflazione del contenzioso<sup>84</sup>, alla stessa stregua del c.d. preavviso di rigetto, *ex art. 10 bis* della legge n. 241/1990<sup>85</sup>.

Inoltre, sono registrabili delle differenze contenutistiche tra le due figure: il preavviso di rigetto, invero, avrebbe dovuto contenere, oltre all'avviso rivolto all'Amministrazione dell'intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale<sup>86</sup>, anche una "sintetica e sommaria"<sup>87</sup> enunciazione dei motivi di invalidità che avessero inficiato l'atto lesivo<sup>88</sup>. Ciò, a differenza di una generica istanza di

---

<sup>84</sup> Cfr. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 981. A sostegno della natura di strumento deflattivo del contenzioso militavano diversi argomenti, come la collocazione topografica dell'istituto, inserito nella parte IV del d.lgs. n. 163/2006, dedicata, appunto, al "contenzioso" (insieme alle norme che disciplinavano altri strumenti orientati al medesimo fine, come la transazione, l'arbitrato e l'accordo bonario), nonché il contenuto del medesimo, il quale avrebbe dovuto comprendere, accanto alle violazioni commesse dalla stazione appaltante, anche la manifestazione "della intenzione di proporre ricorso giurisdizionale".

<sup>85</sup> In questo senso, cfr. ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, cit., 106.

<sup>86</sup> Sebbene il privato non fosse, poi, vincolato ad agire in tal senso: cfr. PONTE, *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*, cit., 766; nonché ITALIA (a cura di), *op. utl. cit.*, 107.

<sup>87</sup> Cfr. la prima parte dell'art. 243 *bis*, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: "L'informativa di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori".

<sup>88</sup> Circostanza, questa, criticata da TARULLO, *L'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, cit., il quale si chiede "a cosa mai possa servire una comunicazione della quale lo stesso Legislatore avalla in via testuale l'incompletezza, ammettendo che essa possa non illustrare *tutti* i motivi di ricorso. È infatti patente che in tal modo la finalità deflattiva [...] viene del tutto frustrata". In senso adesivo alla scelta del legislatore, v. OGGIANU, *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 e il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del*

autotutela, la quale, per indurre la p. A. a rimuovere il provvedimento viziato, si ritiene<sup>89</sup> debba contenere una precisa e puntuale enunciazione dei vizi che rendano *contra legem* l'atto di cui si chieda il ritiro.

Altrettanto differente era, infine, il regime giuridico loro assegnato dal legislatore: a seguito della presentazione del preavviso di ricorso, infatti, la stazione appaltante era vincolata a fornire una risposta al privato in merito ai motivi di illegittimità dallo stesso sollevati, “stabilendo se intervenire o meno in autotutela”<sup>90</sup>. Si trattava, in pratica, di un caso eccezionale di “autotutela doverosa”<sup>91</sup>, nei limiti in cui l'Amministrazione era obbligata ad avviare il procedimento di riesame<sup>92</sup> e ad esprimersi sui contenuti delle doglianze sollevate<sup>93</sup>.

---

*D.Lgs. n. 163/2006*, in *www.giustamm.it*, la quale opportunamente evidenzia che “una diversa soluzione avrebbe esposto la disciplina in esame a dubbi di legittimità costituzionale, per violazione del diritto di azione e di difesa costituzionalmente riconosciuto e tutelato all'art. 24 Cost.”.

<sup>89</sup> Cfr., in particolare, RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della “direttiva ricorsi”*, cit., secondo cui l'amministrazione sarebbe “tenuta a dare seguito alle istanze di autotutela, avviando un procedimento di riesame e portandolo a conclusione con un provvedimento espresso, nel caso di istanze puntuali e ben argomentate presentate dai soggetti interessati prima della scadenza del termine per agire in giudizio [...]”.

<sup>90</sup> Cfr. l'art. 243 *bis*, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: “La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.”

<sup>91</sup> In questi termini, GRILLO, *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2013, 1216. Cfr., inoltre, BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 983 ss., secondo cui quello disciplinato dal citato art. 243 *bis* sarebbe stato un peculiare caso di autotutela ad iniziativa di parte, caratterizzata dalla doverosità, per la stazione appaltante, di concludere il procedimento azionato con un provvedimento espresso autonomamente impugnabile. E esso, dunque, si sarebbe distinto sia dalle normali istanze di autotutela, inidonee in quanto tali a far sorgere un obbligo di provvedere in capo alla p. A., sia dai casi di autotutela, attivabile *ex officio* da parte della stessa Amministrazione, nei quali il soggetto pubblico avvia spontaneamente il procedimento di riesame.

<sup>92</sup> Cfr. SANINO, *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, cit.

<sup>93</sup> Cfr. TARULLO, *L'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, cit., secondo cui “prendendo alla lettera la formulazione normativa, se ne dovrebbe inferire che l'obbligo comunicativo della p. a. sia limitato all'enunciare se sia il caso (ossia se sussistano i presupposti e gli elementi) per adottare un (successivo) provvedimento di autotutela”, alla stessa stregua di un comune atto di avvio del procedimento amministrativo (di autotutela), *ex art. 7, legge n. 241/1990*. Tuttavia, prosegue l'A., “bisogna propendere per una soluzione interpretativa che [...] illumini secondo ragionevolezza il dato testuale: la comunicazione dell'amministrazione [...] dovrebbe avere ad oggetto il provvedimento di autotutela o il diniego dello stesso. In questa direzione può peraltro invocarsi a conforto il fatto che sempre secondo il comma 4, la stazione appaltante comunica «le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato»”.



Viceversa, il comune avviso di danno non fa sorgere in capo alla p. A. alcun obbligo di prendere posizione in merito ai motivi di illegittimità invocati dal cittadino, né tantomeno di comunicare a questi la sua decisione di rimuovere o meno il provvedimento lesivo<sup>94</sup>, essendo il generale potere di autotutela lasciato alla completa discrezionalità dell'Amministrazione<sup>95</sup>.

Ne deriva, allora, che, a fronte della descritta specialità del regime giuridico assegnato dal legislatore al preavviso di ricorso, non si sarebbe potuto affatto utilizzare l'istituto *de quo*, per risolvere, più in generale, il nodo rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria nel processo amministrativo<sup>96</sup>.

#### **4. La tesi della “rilevanza sostanziale, ma condizionata”, dell’omesso esercizio della domanda di annullamento**

Scartata, per le ragioni di cui sopra, l'interpretazione restrittiva del terzo comma dell'art. 30 c.p.a., occorre a questo punto fornire una diversa e più convincente lettura del *dictum* normativo in esame.

Prendendo spunto dalle obiezioni innanzi sollevate, si deve, in primo luogo, affermare che, nel novero dei comportamenti astrattamente esigibili dal privato, debba essere compreso anche la proposizione della domanda di annullamento.

In questo senso militano, come si è osservato, il tenore letterale dell'art. 30, comma 3 c.p.a. e la stessa *ratio* sottesa all'intervento legislativo del 2010.

---

<sup>94</sup> Cfr. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 984.

<sup>95</sup> Cfr. BENVENUTI, voce *Autotutela* (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, 537 ss.; nonché GIUSTINIANI, RUSCICA, *Il preavviso di ricorso e gli effetti sul processo degli appalti: un istituto “bello e inutile”, ossia quando le buone intenzioni rischiano di fallire nell'applicazione pratica*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/2013, 83; D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 537; SANINO, *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, cit.

<sup>96</sup> Cfr. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 533-534, secondo cui “al di là della diversa formulazione tra le due norme – cui sembra corrispondere la consapevole intenzione legislativa di differenziare una *lex specialis* rispetto alla disciplina generale sull'azione risarcitoria – resta il fatto che lo stesso art. 243-bis impone al giudice di valutare, non solo l'omessa sollecitazione del privato, ma anche l'omesso esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione”. Negli stessi termini, CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, cit., 791, il quale fa notare come la descritta specialità della disciplina recata dall'art. 243 bis si giustifica alla luce della considerazione per cui, nella materia dei contratti pubblici, “si pone un problema di celerità, di efficienza e di riduzione dei termini della durata del processo [...]”.

Ai suddetti argomenti, già di per sé non irrilevanti, è poi possibile aggiungerne degli altri, i quali sembrano corroborare la tesi della sempre attuale rilevanza dell'omessa impugnazione nel giudizio risarcitorio.

In particolare, qualche considerazione è d'obbligo espletare in merito all'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione circa l'inesigibilità, *ex art.* 1227, comma 2, c.c., della proposizione di un'azione giurisdizionale da parte del creditore<sup>97</sup>.

Come si ricorderà, l'indirizzo nettamente maggioritario del giudice civile non ammette che il danneggiato dall'altrui fatto illecito/inadempimento possa essere onerato, ai sensi della norma in parola, ad esercitare un'attività eccessivamente rischiosa ed onerosa, qual è l'attivazione di un rimedio giurisdizionale<sup>98</sup>.

Orbene, ad un'attenta analisi del quadro giurisprudenziale di riferimento, nonché del dettato normativo recato dall'art. 30 c.p.a., si deve ritenere che il summenzionato principio di diritto non possa trovare applicazione nel caso dei rapporti tra privato e pubblica Amministrazione<sup>99</sup>.

Per vero, la maggior parte delle pronunce della Cassazione, di sovente prese a paragone<sup>100</sup> per affermare la validità di detto principio giuridico anche nei

---

<sup>97</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 17 maggio 2006, n. 11498, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19139, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, cit.; Cass. Civ. 21 aprile 1993, n. 4672, cit.

<sup>98</sup> Cfr., su tutte, Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, cit., secondo cui "l'onere di diligenza richiesta dal comma 2 dell'art. 1227 c.c. per evitare un concorso nella produzione del danno, non implica l'obbligo di compiere attività gravose o rischiose, come la proposizione di azione di cognizione od esecutiva [...]".

<sup>99</sup> Cfr. CICERO, MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo amministrativo e la prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 10/2012, 1052; COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918; PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 175-176; BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 558. In giurisprudenza, v., in particolare, Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.

<sup>100</sup> Ci si riferisce ai sostenitori della tesi, in precedenza esaminata, della sufficienza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 30, comma 3, c.p.a., della mera proposizione di istanze di autotutela, ovvero, tra gli altri, a LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 530; AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, cit., 851; BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 251; GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il*

rapporti pubblicistici, riguardano ipotesi non strettamente assimilabili a quelle cui si riferisce il terzo comma dell'art. 30 c.p.a.

A ben vedere, infatti, nell'enunciare il descritto principio di diritto, la Suprema Corte si è prevalentemente occupata dei casi in cui il creditore vedeva l'aggravarsi del danno, causatogli dall'altrui inadempimento, per non aver egli agito in giudizio nei confronti del debitore al fine di recuperare il suo credito<sup>101</sup>. Si trattava, cioè, di controversie in cui il soggetto inadempiente, convenuto in sede risarcitoria e/o recuperatoria, rimproverava al danneggiato di non aver reagito in sede processuale con tempestività, così amplificando negligenemente le voci di danno da ristorare<sup>102</sup>.

In altri casi, invece, si imputava al creditore di non aver collaborato con il debitore nella riduzione del pregiudizio, per non avere, il primo, agito nei confronti di un soggetto terzo, estraneo al rapporto obbligatorio, a tutela del suo diritto di credito<sup>103</sup>.

In entrambe le situazioni, la Suprema Corte si è, pertanto, interrogata se il creditore/danneggiato fosse o meno obbligato, ai sensi del secondo comma dell'art. 1227 c.c., ad intentare un'azione giurisdizionale onde evitare l'aggravarsi

---

*superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, cit. 698; MICHELETTI, *Brevi note sull'irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*, cit., 2555; MIRATE, *Azione di annullamento e azione di risarcimento del danno: rapporto di pregiudizialità o autonomia?*, cit., 1101.

<sup>101</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, cit.

<sup>102</sup> Cfr., in particolare, il caso scrutinato da Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, cit., nel quale il convenuto danneggiante rimproverava all'attore danneggiato di aver "sopraspeduto ad eventuali iniziative giudiziarie dirette a recuperare il credito derivante dall'inadempimento", con ciò aggravando in modo colpevole la sua situazione pregiudizievole. Il Collegio ha reputato, però, questa eccezione infondata, ritenendo, come si è detto, che "il comportamento operoso richiesto al creditore non ricomprende l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicazione di una mera facoltà dall'esito non certo".

<sup>103</sup> È questo, in particolare, il caso affrontato da Cass. Civ., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit., in cui lavoratore danneggiante imputava al datore di lavoro danneggiato di non aver evitato il danno, causato dal suo inadempimento contrattuale (si trattava, nello specifico, di una condotta di omessa registrazione, da parte del prestatore di lavoro, di fatture di acquisti dalla quale era derivato il mancato riconoscimento di detrazioni fiscali), che, invece, avrebbe – a suo dire – potuto evitare proponendo ricorso avverso l'accertamento tributario e la sanzione. Dunque, si trattava di un caso in cui il debitore inadempiente rimproverava al creditore di non aver agito nei confronti di un terzo soggetto, vale a dire l'Amministrazione tributaria, al fine di ridurre il pregiudizio allo stesso provocato. Anche in questa occasione, la Cassazione ha respinto l'eccezione del debitore, affermando che "il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 c.c. [...] presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o ridurre il danno e non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese".

della sua condizione pregiudizievole. Come è noto, i giudici civili hanno risposto al quesito in senso negativo, ritenendo che non sarebbe conforme a buona fede pretendere dal creditore una condotta così altamente gravosa e rischiosa<sup>104</sup>.

Non si può, infatti, di certo obbligare quest'ultimo ad intentare, immediatamente, un'azione giudiziaria che la legge consente egli possa proporre entro un certo arco temporale previsto proprio a suo favore<sup>105</sup>. Del pari, non si può esigere che il danneggiato inizi un autonomo processo nei confronti di un soggetto terzo al fine di ottenere ciò che è, in sostanza, obbligato a corrispondere direttamente ed immediatamente il debitore danneggiante<sup>106</sup>.

Del tutto differente è, invece, la situazione prospettata dall'art. 30, comma 3, c.p.a.: in questo caso, invero, il legislatore non richiede al privato di esercitare, con maggiore celerità, una determinata azione nei confronti dell'Amministrazione; né, tantomeno, pretende che costui agisca avverso un soggetto diverso da colui il quale abbia commesso il fatto illecito.

Al contrario, la legge si limita a richiedere che il danneggiato formuli una domanda diversa (quella di annullamento) rispetto a quella (risarcitoria) eventualmente già proposta<sup>107</sup>, nei confronti dello stesso soggetto autore della violazione.

Più specificamente, il codice del processo amministrativo pretende, sia pure entro determinati limiti, che il privato, il quale intenda agire in sede risarcitoria nei confronti dell'Ente pubblico, attivi avverso il medesimo soggetto anche il diverso giudizio di annullamento.

Ne consegue, allora, che già la descritta disomogeneità dei casi regolati dall'art. 1227 c.c., come tradizionalmente interpretato della Cassazione, rispetto a

---

<sup>104</sup> V., in proposito, il par. 5 del capitolo precedente.

<sup>105</sup> In questo senso, PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 176.

<sup>106</sup> Questo rilievo è bene evidenziato da BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 439 ss.

<sup>107</sup> PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 176-177, il quale fa notare che "l'azione demolitoria, di cui si contesta il mancato esercizio, non è la stessa azione che poi in concreto viene proposta: qui non viene cioè in rilievo un mero ritardo nella proposizione della domanda [...]. Ammettere in queste ultime ipotesi l'applicabilità dell'art. 1227, comma 2, c.c., sarebbe del tutto ingiustificato, poiché verrebbe a creare un onere di esercizio «immediato» dell'azione giudiziaria entro un termine discrezionalmente individuato dal giudice, che si andrebbe ad aggiungere [...] a quello di prescrizione individuato dalla legge".

quelli disciplinati dall'art. 30 c.p.a., debba condurre l'interprete a considerare non applicabile il citato orientamento dei giudici civili al caso dei rapporti tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria nel processo amministrativo<sup>108</sup>.

Ad ulteriore conferma di ciò, si deve poi osservare che, quand'anche si volesse ritenere che le fattispecie poste a paragone siano le medesime, vi sarebbe in ogni caso un ostacolo di non poco conto all'applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale *de qua* ai casi regolati dall'art. 30 c.p.a.

Si deve, infatti, a tal proposito convenire con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, circa la non eccessiva onerosità della tutela costitutiva di annullamento per colui il quale ricorra nei confronti del soggetto pubblico esercitando l'*actio damni*<sup>109</sup>.

Chi agisce in sede risarcitoria, infatti, ha l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti della fattispecie di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. Pertanto, non è affatto irragionevole esigere da quel medesimo soggetto, il quale già sopporti delle spese per avviare un processo, di esercitare, nello stesso o in un altro giudizio, anche la tutela di annullamento, il cui accoglimento richiede la semplice allegazione dell'illegittimità provvedimento<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 558, il quale parla di "diversità di ratio" dell'art. 1227, comma 2, c.c., rispetto a quella sottesa all'art. 30, comma 3, c.p.a.

<sup>109</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.3 della motivazione, laddove il Collegio afferma che "la tutela non praticata, quella di annullamento, se si eccettua il profilo del termine decadenziale, non implica costi ed impegno superiori a quelli richiesti per la tecnica di tutela risarcitoria, ed anzi si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante senza postulare la dimostrazione degli elementi invece necessari a fini risarcitori, quali l'elemento soggettivo, il duplice nesso eziologico nonché l'esistenza e la consistenza del danno risarcibile in base ai parametri di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile". In senso adesivo a quanto statuito in parte qua dalla Plenaria, v. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, cit.; nonché AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), in nota 40, il quale a tal riguardo parla di necessità di "contestualizzazione dell'art. 1227 c.c. ai rapporti tra p. a. e privati".

<sup>110</sup> Nella medesima direzione si orienta PENASA, *op. utl. cit.*, 177: "la domanda di annullamento [...] comporta, per il suo accoglimento, la sola dimostrazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo e dunque un *thema* più circoscritto rispetto a quello del giudizio di risarcimento, ove il cittadino dovrà dare prova pure della colpevolezza dell'amministrazione, nonché, nel caso di lesione di interessi legittimi pretensivi, della sussistenza di ragionevoli probabilità di ottenere un provvedimento favorevole".

Nel medesimo senso si indirizza, inoltre, la stessa lettera dell'art. 30, comma 3, c.p.a., che, non a caso, evita di richiamare *expressis verbis* l'art. 1227 del codice civile<sup>111</sup>.

Si deve, cioè, ritenere che il legislatore del 2010 fosse a conoscenza dell'indirizzo maggioritario della Cassazione, circa la non conformità all'ordinaria diligenza della proposizione di rimedi giurisdizionali da parte del danneggiato; sicché, omettendo di rinviare espressamente a detta norma del codice civile, abbia voluto sgombrare il campo da ogni equivoco, ritenendo, viceversa, richiedibile la loro attivazione nei rapporti di diritto pubblico<sup>112</sup>.

Se questo è vero, si deve allora concludere che nel novero dei comportamenti astrattamente esigibili dal danneggiato, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., debba essere annoverato, senza remora alcuna, anche l'esercizio della tutela costitutiva<sup>113</sup>.

In ultimo, non va sottovalutato che in questa stessa direzione si orienta l'attuale e prevalente giurisprudenza del giudice amministrativo<sup>114</sup>, che, ponendosi in stretta continuità con quella precedente all'emanazione del d.lgs. n.

---

<sup>111</sup> Cfr. NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui "la scelta di non inserire un espresso riferimento all'art. 1227 c.c. è stata opportuna, soprattutto avendo riguardo alla giurisprudenza civile formatasi su tale norma"; INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, cit., la quale sottolinea che "la scelta legislativa si sia spinta ben oltre l'applicazione della regola di cui all'art. 1227 c.c."; GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui l'art. 30 c.p.a. è una norma "volta a risolvere un problema di rapporti fra diverse forme di tutela che è del tutto estraneo all'art. 1227 del codice civile".

<sup>112</sup> LENOCI, *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, cit., 550. Della medesima idea è BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, cit.; nonché, AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, cit., in nota 40.

<sup>113</sup> Nello stesso senso, PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 178. In giurisprudenza, v., da ultimo, Cons. St., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 1565, cit.

<sup>114</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610, cit.; Cons. St., Sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6396, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Umbria, Perugia, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 561, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337, cit.; Tar Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 151, cit.; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

104/2010<sup>115</sup>, insiste nel dare rilevanza, in sede di quantificazione risarcitoria, alla mancata proposizione della domanda di annullamento<sup>116</sup>.

## **5. Segue: il triplice accertamento del giudice amministrativo**

Tanto premesso, non si vuole con ciò affermare che il giudice amministrativo debba, a fronte dell'omessa attivazione della tutela costitutiva, procedere, sempre ed automaticamente, alla riduzione del risarcimento.

Altrimenti opinando, invero, si dovrebbe riconoscere la validità nel nostro ordinamento della diversa regola della “pregiudizialità secca” del rimedio annullatorio rispetto a quello risarcitorio, la quale, tuttavia – come si evince dal più volte citato primo comma dell’art. 30 c.p.a. –, non è affatto condivisa dal legislatore del 2010.

Questa norma, invece, se letta in combinato disposto con il successivo terzo comma, richiede all’organo giudicante di contestualizzare detta condotta omissiva nel singolo caso concreto, tenendo conto di tutta una serie di circostanze, fattuali e giuridiche, solo alla cui ricorrenza si può procedere ad una riduzione del *quantum* risarcitorio.

### *5.1. L'inquadramento della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo nel comportamento complessivo del danneggiato*

In particolare, il primo passo da compiere nella descritta opera di “contestualizzazione” consiste nell’inquadrare la mancata proposizione della

---

<sup>115</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.; Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18 maggio 2007, n. 386 cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, cit.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18 maggio 2007, n. 386 cit.; Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, cit. In merito, v. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 910, i quali sottolineano che l’applicazione del summenzionato indirizzo della Cassazione alle fattispecie di danno da provvedimento illegittimo “non era pacifica” neanche in passato, “come dimostra anche quella giurisprudenza che [...] aveva già accolto la tesi dell’ammissibilità dell’azione risarcitoria autonoma, applicando l’art. 1227 c.c. [...]”.

<sup>116</sup> Cfr., su tutti, Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610, cit., secondo cui “pur non sussistendo una pregiudizialità di rito già nel quadro normativo anteriore all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, deve (e doveva) ravvisarsi immanente nell’ordinamento il principio che la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo poteva essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede, qualora fosse stato accertato che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno”.

domanda di annullamento all'interno del globale comportamento del privato che si rapporti con la pubblica Amministrazione danneggiante<sup>117</sup>.

Non è detto, infatti, che l'omesso esercizio della tutela costitutiva disveli sempre un comportamento scorretto del danneggiato, come tale sanzionabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., in quanto la lettera volutamente ampia della norma consente a costui di esperire una vasta gamma di strumenti di tutela, anche stragiudiziali, predisposti dal legislatore al fine della riduzione del pregiudizio dallo stesso patito<sup>118</sup>.

Il privato, invero, come la stessa Adunanza Plenaria afferma<sup>119</sup>, può reagire al fatto illecito della p. A. esercitando altri rimedi parimenti destinati alla caducazione dell'atto viziato, come i ricorsi amministrativi, ovvero le istanze di autotutela.

Pertanto, al quesito, talvolta postosi in dottrina<sup>120</sup>, se il danneggiato debba, per essere reputato diligente, esercitare tutti i suddetti rimedi o solo alcuni di essi<sup>121</sup>, si deve rispondere dando tendenzialmente preferenza a questa seconda

---

<sup>117</sup> Nel senso di adattare il *dictum* normativo dell'art. 30, comma 3, c.p.a., come interpretato dall'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, al caso concreto, v. PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 178 ss.; DAIDONE, *La diligenza del danneggiato e la quantificazione del danno nel processo amministrativo*, in *Foro amm. – CdS*, n. 6/2012, 1564 ss.; GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, cit., 46 ss.; CICERO, MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo amministrativo e la prassi giurisprudenziale*, cit., 1051; COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.

<sup>118</sup> V. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, cit.; Tar Umbria, Perugia, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 561, cit.; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, in *La Rivista Neldiritto*, n. 6/2012, 1023 ss., con nota di AULETTA, *Sull'azione risarcitoria autonoma ed in specie sul comportamento esigibile a latere creditoris secondo buona fede*; Tar Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 151, cit.; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766, cit.

<sup>119</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.: "la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa [...]".

<sup>120</sup> Ci si riferisce, in particolare, a SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.

<sup>121</sup> Cfr. SCOCA, *op. ult. cit.*, in nota 75, il quale, riportando il su citato passo della sentenza della Plenaria n. 3/2011, ritiene che sia possibile fornire allo stesso due possibili letture, "ossia: a) che venga ritenuto necessario, perché il comportamento possa essere considerato corretto, che il danneggiato, oltre ad impugnare il provvedimento lesivo, abbia preso tutte, o almeno, alcune, delle



opzione, in quanto, diversamente, si finirebbe per imporre al danneggiato un onere collaborativo eccessivamente gravoso<sup>122</sup>. Si tratta, però, di un'affermazione, appunto, solo "tendenziale" perché, come si è detto, il tema dei rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria va affrontato e risolto senza apriorismi di sorta, ma tenendo sempre in debita considerazione la situazione fattuale portata al vaglio dell'organo giudicante.

Sicché, non può escludersi *a priori* che, in alcune circostanze dettate dal caso concreto, si possa eccezionalmente pretendere che costui eserciti anche più di uno di tali rimedi<sup>123</sup>.

Allo stesso modo, il privato, che a fronte del pregiudizio causatogli dall'atto illegittimo rimanga completamente inerte, non deve per ciò solo essere considerato negligente in quanto, anche in questo caso, detto comportamento (totalmente) omissivo andrà inquadrato all'interno dell'intera fattispecie concreta scrutinata dal giudice amministrativo.

---

altre iniziative potenzialmente idonee ad evitare il danno; ovvero, b) che siano sufficienti tali diverse iniziative, anche in difetto dell'esperimento dell'azione di annullamento". Si tratta, a ben vedere, di un dubbio non certamente peregrino, se solo si considera che in un altro pronunciamento del giudice amministrativo, il Collegio sembra preferire la lettura più rigida del comma terzo dell'art. 30 c.p.a. Ci si riferisce, in particolare, a TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 7 aprile 2011, n. 582, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui dalla norma in esame discenderebbe "la rilevanza, sul versante causale, dell'omessa attivazione di tutti i rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, come fatto che preclude la risarcibilità di pregiudizi che sarebbero stati presumibilmente evitati, così come la necessità di valutare anche l'omissione di ogni altro comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all'art. 1175 c.c."

<sup>122</sup> In questo senso, AULETTA, *Sull'azione risarcitoria autonoma ed in specie sul comportamento esigibile a latere creditoris secondo buona fede*, cit., 1027; nonché, in giurisprudenza, Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, cit., per il quale "l'utilizzo nel secondo periodo del comma terzo dell'art. 30 c.p.a., della formula al plurale "attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" non ha certamente il significato di imporre al danneggiato l'esperimento di tutti gli strumenti di tutela che l'ordinamento processuale prevede per la tutela in forma specifica dell'interesse legittimo [...]. La scelta del legislatore del Codice di utilizzare il plurale [...] ha un significato totalmente diverso: [...] consentire al privato danneggiato di poter attivare, per sottrarsi alla regola del concorso di colpa del danneggiato, strumenti di tutela, anche di natura extraprocessuale [...] diversi e meno onerosi (anche dal punto di vista economico) rispetto alla proposizione della domanda giudiziale di annullamento".

<sup>123</sup> Cfr. PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 180, il quale, dopo aver escluso "che il danneggiato abbia un onere di esperimento cumulativo di tutti tali rimedi", si chiede "se questi siano perfettamente fungibili e così, ad esempio, se il danneggiato, una volta esperito un ricorso amministrativo, o presentata all'amministrazione una istanza [...] di autotutela, abbia dato pieno adempimento all'onere che su di lui incombe in virtù dell'art. 1227, comma 2, c.c."

5.2. *L'accertamento, in concreto, del nesso di causalità tra l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti e l'aggravamento del danno*

Ciò posto, si pone a questo punto un interrogativo: in che modo l'organo giudicante deve compiere la suddetta operazione di contestualizzazione?

Alla domanda risponde, nello specifico, il secondo passaggio logico-giuridico che l'interprete deve compiere onde addivenire all'esatta quantificazione risarcitoria, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

Si tratta, in altri termini, di accertare il nesso di causalità giuridica tra la condotta omissiva del privato e l'aggravamento del danno. Si deve, cioè, appurare se una tempestiva reazione processuale, ovvero stragiudiziale, del danneggiato avrebbe, secondo un giudizio contro-fattuale di tipo ipotetico, ridotto o eliminato il pregiudizio patito<sup>124</sup>.

In questo senso si esprime, come si ricorderà, la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale precisa che tale giudizio vada affrontato e risolto utilizzando la regola civilistica della c.d. probabilità relativa<sup>125</sup>, fondata sulla nota formula del "più probabile che non"<sup>126</sup>.

Senonché, all'affermazione di questo principio generale, il massimo organo della giustizia amministrativa non ne fa seguire una coerente applicazione al caso specifico dei rapporti tra il mancato esercizio della tutela di annullamento e l'aggravamento del danno.

Ciò che si contesta ai giudici amministrativi è, in particolare, di ricostruire il nesso eziologico tra omessa impugnazione ed aumento del danno in termini eccessivamente rigidi per il privato, di talché, dall'accertamento di tale condotta

---

<sup>124</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>125</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>126</sup> Cfr., in particolare, Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2009, 667 ss., con nota di OLIARI, "*Debito di sangue*": danno da emotrasfusione e prescrizione, la quale evidenzia la diversità tra la regola probatoria applicabile in sede civile, rispetto a quella utilizzabile nel processo penale. Ad avviso delle Sezioni Unite, invero, ferma restando l'identità, sul piano ontologico, della causalità civile e di quella penale, "ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti [...]".

omissiva sembra che debba derivare, in modo quasi meccanico, la decurtazione risarcitoria<sup>127</sup>.

Questo convincimento discende, più nel dettaglio, da un'attenta lettura della sentenza n. 3/2011, nella parte in cui ritiene che la scelta del privato "di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che [...] avrebbe plausibilmente [...] evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile"<sup>128</sup>.

Pare, dunque, che, ogni qualvolta il danneggiato ometta di impugnare l'atto lesivo, il giudice amministrativo debba automaticamente procedere alla riduzione del risarcimento<sup>129</sup>; ciò sulla base della semplice considerazione secondo cui l'annullamento giurisdizionale rappresenti "il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose"<sup>130</sup>.

Una conferma di ciò la fornisce la stessa Plenaria del 2011, quando afferma che "a diversa conclusione" – ovvero nel senso di non reputare interrotto il nesso causale – "si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione"<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Nello stesso senso, CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, cit., 783.

<sup>128</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.3 della motivazione.

<sup>129</sup> In proposito, v. CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit., 967, secondo cui l'inciso appena menzionato "dimostra indirettamente che, se il giudizio ipotetico che deve svolgere il giudice circa la rilevanza eziologica dell'omissione processuale del danneggiato si dovrà attenere ai canoni dell'*id quod plerunque accidit*, proprio tali canoni imporranno, normalmente, di propendere per un rigetto della domanda risarcitoria". Negli stessi termini, GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, cit., 47, il quale ritiene che la sentenza in esame sia ispirata da "un assunto generale: quello per cui la scelta di non avvalersi della tutela demolitoria costituisca sempre una circostanza idonea a spezzare il nesso causale tra l'agire illegittimo della pubblica amministrazione e il prodursi degli effetti lesivi a carico del privato inerte".

<sup>130</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.3 della motivazione.

<sup>131</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., *ivi*, che ha cura di elencare alcuni esempi in cui il privato sarebbe esonerato dall'impugnazione dell'atto illegittimo per carenza di interesse all'annullamento. Si tratta delle "ipotesi in cui il provvedimento sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile; o quella in cui i tempi tecnici del processo

Dunque, quelli appena menzionati sarebbero gli unici casi in cui, per via della carenza di interesse all'annullamento, la mancata attivazione del giudizio impugnatorio non dovrebbe determinare la riduzione del risarcimento<sup>132</sup>.

Di conseguenza, facendo un ragionamento *a contrario*, si dovrebbe desumere che in tutte le altre ipotesi, diverse dalla precedenti, in cui, viceversa, l'interesse alla caducazione dell'atto lesivo sia sempre presente, il giudice amministrativo dovrebbe inevitabilmente procedere alla decurtazione risarcitoria<sup>133</sup>.

Tuttavia, questa lettura, così radicale, del dettato normativo non può essere condivisa.

Per vero, non è rara l'eventualità che un soggetto, nonostante abbia un interesse giuridicamente qualificato all'annullamento del provvedimento, non possa dalla demolizione del medesimo trarre in concreto alcun beneficio, dal momento che non sempre l'eliminazione dell'atto lesivo è idonea ad elidere il danno prodotto dallo stesso.

Si pensi alla sorte che spesso tocca agli interessi legittimi pretensivi, i quali, a differenza di quelli di tipo oppositivo, solo in alcuni casi risultano adeguatamente soddisfatti dall'annullamento del provvedimento, in quanto la loro completa realizzazione passa attraverso un nuovo e successivo esercizio della funzione amministrativa. Ne deriva, allora, che la stessa caducazione dell'atto negativo, nonostante sul piano processuale trovi fondamento nell'interesse del ricorrente all'annullamento, non sempre è in grado di eliminare il danno<sup>134</sup>.

---

non consentano, ragionevolmente, di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria; o, ancora, le situazioni in cui per effetto di specifica previsione di legge [...], il mezzo dell'annullamento non possa soddisfare, in termini reali, l'aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato”.

<sup>132</sup> CARBONE, PIGNIATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 178.

<sup>133</sup> Cfr. COCA, *Piccola storia di un serrato “dialogo” tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., per il quale “l’esperienza dell’azione demolitoria non è necessario [...] in via di eccezione, soltanto quando “l’interesse all’annullamento oggettivamente non esista”: l’eccezione, è ovvio, conferma la regola!”.

<sup>134</sup> Negli stessi termini, LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell’interesse legittimo*, cit., 535-536, il quale osserva che “l’illegittimità di tali dinieghi può produrre tutt’al più un danno da adozione, ma non anche apprezzabili danni da mancata rimozione, posto che il diniego illegittimo lascia inappagata l’aspirazione iniziale dell’interessato rispetto al contenuto della sua istanza”.

Questa eventualità è, a ben vedere, possibile in quanto l'annullamento degli atti illegittimi è, in generale, un rimedio destinato, più che a ridurre i danni-conseguenza, a, semplicemente, eliminare la fonte della lesione, lasciando insoddisfatto il pregiudizio nelle more eventualmente prodottosi<sup>135</sup>.

In altri termini, la caducazione degli atti illegittimi non ha natura risarcitoria, *sub specie* di riparazione in forma specifica, in quanto l'accoglimento della relativa domanda, oltre a non richiedere la dimostrazione di tutti i requisiti della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c., avvantaggia non solo il privato – come una normale *actio damni* –, ma anche, e prima di tutti, la stessa Amministrazione danneggiante<sup>136</sup>.

Ne deriva, allora, che sarebbe irragionevole, oltre che profondamente ingiusto, ritenere nelle suddette ipotesi integrata, da parte del cittadino che proponga la sola azione di danno, una condotta contraria all'ordinaria diligenza<sup>137</sup>.

Per evitare questa incongruenza è, pertanto, opportuno che il giudice amministrativo accerti sempre ed in modo rigoroso l'efficienza causale che, in

---

<sup>135</sup> “Dato che, come ci hanno insegnato, «nessun ordinamento al mondo può eliminare il danno una volta verificatosi». Così, CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 658.

<sup>136</sup> Del resto, se si ritenesse che l'annullamento dei provvedimenti amministrativi fosse sempre idoneo ad elidere il danno, non sarebbe nemmeno necessario pretendere dal privato l'esercizio della domanda risarcitoria per ottenere il ristoro del medesimo.

<sup>137</sup> In termini, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, cit., secondo cui “il principio generale espresso dall'art. 1227 del codice civile va senz'altro esteso anche al rilievo delle condotte omissive, comprensive di quelle consistite nel mancato esperimento degli strumenti di tutela previsti dalla legge. Se, però, esasperando la necessità dell'impugnazione a ogni atto che sia emanato dall'amministrazione [...] si postulasse l'equazione «omessa impugnazione = esclusione del risarcimento», quella stessa pregiudizialità che si è formalmente ripudiata come istituto di “stretto rito” [...] verrebbe in effetti reintrodotta tal quale, come istituto sostanziale [...]”.

concreto<sup>138</sup>, l'annullamento non richiesto del provvedimento lesivo avrebbe prodotto sull'ammontare del pregiudizio patito dal ricorrente<sup>139</sup>.

Fatta questa precisazione, si deve, dunque, riconoscere che non tutti i comportamenti di tipo omissivo imputabili al danneggiato esercitano la medesima influenza eziologica sull'ammontare dei danni-conseguenza.

A tal proposito, è possibile distinguere i rimedi di tipo giudiziale, come i ricorsi per l'annullamento giurisdizionale, dagli strumenti di tutela extragiudiziale, i quali, ai fini della presente indagine, possono essere ulteriormente suddivisi in ricorsi amministrativi interni e semplici istanze di autotutela.

Cominciando dai primi, va evidenziato che un ricorso al giudice amministrativo tendente ad ottenere la caducazione di un provvedimento illegittimo assume, nella maggior parte dei casi, un'indubbia efficienza causale nella riduzione dei pregiudizi patiti dal privato.

A fronte di una domanda siffatta, invero, l'organo giudicante sarebbe obbligato ad annullare l'atto impugnato, qualora ne riscontrasse una causa di

---

<sup>138</sup> Così, CICERO, MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo amministrativo e la prassi giurisprudenziale*, cit., 1051; nonché GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, cit., 1123. V. anche LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, cit., 1001, il quale osserva che "la conclusione che le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini dell'esclusione del danno, a fronte di condotte attive trascurate nonostante l'assenza di sacrifici, comporta la valutazione del quadro probatorio a partire dal momento in cui il ricorso avrebbe dovuto essere proposto (e non lo è stato), salvo ricadere nell'abuso del processo: nella proposizione "comunque" e di un "qualunque" ricorso, cioè anche in mancanza di qualsivoglia *spes* di accoglimento, ma al solo fine di non incorrere nella sanzione dell'art. 1227 cpv."

<sup>139</sup> Questa conclusione esegetica è stata, in diverse occasioni, affermata in giurisprudenza al fine di negare che il codice del processo amministrativo abbia introdotto una pregiudizialità sostanziale tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria. Cfr., in particolare, Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit., secondo cui "la pretermissione, da parte del danneggiato da un atto dell'amministrazione, della previa domanda di giustizia contro l'atto stesso non costituisce sempre e comunque una violazione del canone di ordinaria diligenza ai sensi dell'art. 1227, cpv., Cod. civ. Una tale pretermissione può impedire, o limitare, il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che [...] fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di *conseguenzialità diretta*, perché il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento". Ancora più rilevante, per la sua chiara intenzione specificativa dei principi giuridici enunciati dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, è il contributo fornito da Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, cit., il quale precisa che "detto onere di impugnazione [...] va valutato in ciascun caso in concreto: nel senso che tale onere sussiste soltanto allorché si accerti che, effettivamente, l'impugnazione dell'atto lesivo avrebbe potuto concretamente giovare al ricorrente, e non invece ove sia evidente che il gravame non avrebbe in alcun modo potuto elidere, né ridurre, il danno cagionato dall'atto amministrativo illegittimo".

invalidità<sup>140</sup>. Sicché, appare altamente probabile che un'eventuale demolizione del medesimo possa alla fine condurre alla mitigazione della situazione pregiudizievole del danneggiato.

L'effettività di questo strumento processuale è, poi, ulteriormente amplificata dalla possibilità, riconosciuta al ricorrente, di esercitare, anche prima del giudizio di merito<sup>141</sup>, la tutela cautelare<sup>142</sup>, la quale permette di sospendere gli effetti dell'atto lesivo fino alla pronuncia definitiva<sup>143</sup>.

Ne deriva, allora, che, qualora dovesse risultare che l'eliminazione giurisdizionale del provvedimento illegittimo, non domandata dal ricorrente, avrebbe evitato in tutto o in parte il danno, il giudice sarebbe tenuto a ridurre proporzionalmente l'ammontare del *quantum* risarcitorio.

Alla medesima conclusione si deve, inoltre, pervenire in relazione al secondo tipo di strumenti di tutela azionabili dal danneggiato, ossia i ricorsi amministrativi.

---

<sup>140</sup> Sul punto v. BARBIERI, *Lesione degli interessi legittimi ed ordinaria diligenza per un risarcimento integrale*, cit., 405-406, il quale evidenzia che, stando al *dictum* dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, il giudice amministrativo sarebbe tenuto ad espletare il più completo esame di legittimità del provvedimento non impugnato. Come si ricorderà, infatti, i giudici di Palazzo Spada in quell'occasione hanno ritenuto che per l'accertamento del descritto nesso causale, l'organo giudicante può avvalersi dei suoi poteri officiosi, in virtù del principio acquisitivo che permea il processo amministrativo. Ne deriva, allora, che spetta ad esso sincerarsi della eventuale presenza di uno qualunque dei vizi di illegittimità dell'atto non contestato. Ad avviso dell'A., si tratterebbe di "un giudizio, dunque, estremamente concreto seppur ipotetico ed al tempo stesso un giudizio così ampio da estendersi a tutti gli aspetti del rapporto, come se si trattasse di decidere un ricorso prospettato con la più assoluta completezza motivazionale, ricorso, però, mai proposto".

<sup>141</sup> Si ricordi che il codice del processo amministrativo ammette oggi la tutela cautelare anche *ante causam*. Cfr. l'art. 61 c.p.a.

<sup>142</sup> Cfr. PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2587; nonché, prima ancora dell'emanazione del codice del processo amministrativo, DE LUCA, *Il giudice amministrativo alle prese con le regole risarcitorie*, cit., 117. Nello stesso si orienta PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 181, il quale sottolinea che "la sussistenza dell'onere di chiedere una misura cautelare dovrà essere sempre valutata, non in via generale e astratta, ma sulla base del singolo caso concreto: ciò si potrà escludere, ad esempio, qualora non sussista un adeguato *periculum in mora* e sia quindi probabile che l'istanza cautelare venga rigettata".

<sup>143</sup> Sull'utilità, ai presenti fini, della tutela cautelare, v. MICHELETTI, *Brevi note sull'irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*, cit., 2564, il quale fa, altresì, notare come "la concessione ampia della tutela cautelare – sussistendo naturalmente il *fumus boni iuris* – non appare di reale pregiudizio per l'Amministrazione, che potrebbe (normalmente) comunque procedere alla riedizione del potere, e soprattutto eviterebbe di essere condannata un domani al risarcimento del danno e quindi vedersi ridotte le risorse economiche con cui esplicare la propria azione".

Si tratta di rimedi c.d. giustiziali, i quali hanno il vantaggio di essere meno costosi rispetto ad un ricorso giurisdizionale<sup>144</sup>, sia perché non necessitano della difesa tecnica, sia perché comportano adempimenti tributari meno gravosi<sup>145</sup>; di talché, il loro esercizio ben può essere annoverato tra i comportamenti astrattamente esigibili dal danneggiato secondo l'ordinaria diligenza<sup>146</sup>.

Si pensi, in particolare, al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il cui esito sfocia in un provvedimento dal contenuto sostanzialmente giurisdizionale, con tutte le conseguenze, in termini di effettività della tutela del cittadino, che ciò comporta. Esso, inoltre, è esercitabile entro il medesimo termine di decadenza di centoventi giorni cui è sottoposta la domanda risarcitoria<sup>147</sup>.

Pertanto, si può, a maggior ragione<sup>148</sup>, pretendere che il danneggiato collabori con la p. A., esercitando anche il suddetto strumento di tutela<sup>149</sup>.

Orbene, anche in relazione ai ricorsi amministrativi, il giudizio controfattuale di tipo ipotetico, che il giudice amministrativo è tenuto ad espletare, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., è agevolmente praticabile<sup>150</sup>. Poiché, infatti, l'Amministrazione, adita con un ricorso giustiziale, sarebbe vincolata ad annullare

---

<sup>144</sup> Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, cit.

<sup>145</sup> Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.

<sup>146</sup> Cfr. PENASA, *op. ult. cit.*, 180; nonché, PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 448; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, cit.

<sup>147</sup> Parte della dottrina ritiene che l'uniformità del regime temporale per proporre il ricorso straordinario al Capo dello Stato e per esercitare l'azione di danno innanzi al g. a. "non è casuale", in quanto è dettata da un'esigenza di coerenza del sistema, nonché dall'interesse del legislatore affinché il privato contesti, comunque, l'atto illegittimo, sebbene in una sede non strettamente giurisdizionale. Cfr., in questo senso, FANTINI, *Azione di condanna*, cit., 511; nonché, SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit. In senso contrario, v. però, CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 196-197, il quale osserva che "in realtà, non è così, la previsione di un termine di centoventi giorni non assicura alcuna maggiore coerenza, perché, nella materia in concreto oggetto del numero maggiore di domande di risarcimento (gli appalti), il ricorso straordinario non è più ammesso dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010 (disposizione confermata dal Codice)".

<sup>148</sup> In proposito, v. AULETTA, *Sulla valutazione del "comportamento complessivo delle parti" ai fini e per gli effetti di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a.*, cit., 299, il quale, dalla descritta omogeneità di disciplina, sul piano temporale, del ricorso straordinario e dell'*actio damni*, fa discendere la conclusione per cui "se [...] il ricorso straordinario non è stato proposto, mentre è stata proposta la domanda risarcitoria autonoma, non è perché il cittadino non ha potuto avvalersi del rimedio demolitorio, ma semplicemente perché non ha voluto".

<sup>149</sup> Cfr. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, cit.; nonché, Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit.

<sup>150</sup> Cfr. PENASA, *op. ult. cit.*, 180, il quale ritiene che "nelle ipotesi [...] in cui si propone un ricorso amministrativo, l'onere di diligenza dovrà ritenersi assolto".



l'atto impugnato, qualora risultasse illegittimo<sup>151</sup>, è facile per il giudice sostituirsi alla medesima e conseguentemente convincersi che, se il cittadino avesse proposto tale rimedio, il danno sarebbe stato evitato.

Se questo è vero, si deve quindi concludere che il danneggiato, se esercitasse un ricorso di questo tipo, assolverebbe adeguatamente il suo onere collaborativo con la p. A., in virtù dell'indubbio rilievo eziologico che detto strumento esercita sulla riduzione del danno.

Senonché, si deve ammettere che nella pratica dei rapporti di diritto pubblico l'utilizzo dei ricorsi amministrativi è, per diversi motivi<sup>152</sup>, poco diffuso<sup>153</sup>. Questo vale, soprattutto, per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, il quale, nonostante sia alternativo al rimedio giurisdizionale<sup>154</sup>, non trova applicazione in materia di contratti pubblici<sup>155</sup>, che rappresenta la fetta senza dubbio più corposa (e forse più importante) del contenzioso risarcitorio tra cittadini ed Amministrazione.

Pertanto, quand'anche si volesse far, in astratto, rientrare l'esercizio dei suddetti strumenti di tutela nel novero dei comportamenti esigibili dal danneggiato, si dovrebbe, ad ogni modo, fare i conti con il dato concreto del loro scarso utilizzo pratico. Sicché, sotto questo profilo, risulterebbe grandemente ridotto il campo applicativo del terzo comma dell'art. 30 c.p.a.

In ultimo, non si può ritenere, *sic et simpliciter*, diligente il privato che, a fronte di un provvedimento illegittimo e dannoso, si limiti a proporre una semplice istanza di autotutela<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> SANINO, *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, cit.; GIUSTINIANI, RUSCICA, *Il preavviso di ricorso e gli effetti sul processo degli appalti: un istituto "bello e inutile", ossia quando le buone intenzioni rischiano di fallire nell'applicazione pratica*, cit., 83.

<sup>152</sup> Cfr. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 491ss., il quale fa notare che "la probabilità che un ricorso gerarchico venga accolto è molto bassa: perché il superiore gerarchico si atteggia il più delle volte non come correttore dell'illegittimità e delle ingiustizie commesse dall'inferiore, ma come persona con lui solidale e garante della sua azione". Quanto al ricorso in opposizione, l'A. osserva, poi, che "la sua efficacia, in termini di tutela del privato è pressoché nulla. Non è facile immaginare che l'autorità si rimangi quello che ha deciso sol perché il privato reclama".

<sup>153</sup> Cfr. PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 180.

<sup>154</sup> Cfr. l'art. 8, comma 2, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199.

<sup>155</sup> Cfr. l'art. 120, comma 1, c.p.a.

<sup>156</sup> Cfr., in questo senso, GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit., il quale contesta in radice la possibilità per il cittadino di avvalersi, ai sensi dell'art. 30, comma 3,

Il potere di autotutela, invero, ha natura prettamente discrezionale, in quanto, nonostante si fondi sulla riscontrata illegittimità<sup>157</sup> (ovvero, a seconda dei casi, sull'inopportunità<sup>158</sup>) di un precedente provvedimento, il suo esercizio è pur sempre rimesso alla spontanea iniziativa dell'Amministrazione, a cui spetta decidere, in piena libertà, se sussiste o meno l'interesse pubblico alla rimozione del medesimo<sup>159</sup>.

Di conseguenza, il giudice amministrativo adito in sede risarcitoria non può agevolmente accertare se, proposta dal privato un'istanza di questo tipo, l'ente pubblico si sarebbe risolto o meno ad attivare i suoi poteri di riesame<sup>160</sup>. Altrimenti opinando, si registrerebbe un'indebita invasione dell'organo giudicante negli spazi di discrezionalità riservati dalla legge alla pubblica Autorità.

Ne deriva, allora, che l'invito all'autotutela, postulando l'esercizio dell'insindacabile potere discrezionale dell'Amministrazione<sup>161</sup>, non può essere causalmente in grado di eliminare il danno arrecato da un precedente provvedimento amministrativo. Detto altrimenti, un'istanza del privato, che miri alla sollecitazione dei poteri di riesame della p. A., non ha la medesima influenza eziologica, sulla riduzione del danno, esercitata da un ricorso amministrativo<sup>162</sup>, ovvero da un ricorso giurisdizionale<sup>163</sup>.

---

c.p.a., di un semplice invito all'autotutela, in quanto esso "non costituisce [...] in senso tecnico uno "strumento di tutela" da parte del danneggiato".

<sup>157</sup> Ad essa si riferisce l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, che disciplina l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi illegittimi.

<sup>158</sup> L'Amministrazione, qualora reputasse un provvedimento amministrativo non più opportuno a soddisfare un determinato interesse pubblico, potrebbe procedere alla sua revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990.

<sup>159</sup> Cfr. CARUSO, voce *Autotutela*, in PATTI (a cura di). *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, II, Milano, 2007, 269; nonché DI SERI, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), la quale precisa che la "discrezionalità è riferita, non solo al potere di adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio, ma anche all'avvio del relativo procedimento amministrativo".

<sup>160</sup> La medesima obiezione è sollevata da PENASA, *op. ult. cit.*, 180, il quale avverte che, nel caso di istanze volte all'esercizio del potere di autotutela, "non si ravvisa alcun dovere in capo alla P. A., ma un mero potere discrezionale, per cui la caducazione dell'atto, pur ritenuto invalido, non può dirsi certa".

<sup>161</sup> Cfr. CARUSO, voce *Autotutela*, cit., 269, il quale, equiparando i provvedimenti di autotutela decisoria agli altri atti di ritiro, ritiene che l'amministrazione non ha mai l'obbligo di adottarli, nemmeno "su sollecitazione di privati [...]".

<sup>162</sup> Questa differenza è bene messa in evidenza, tra gli altri, da SANINO, *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, cit.; nonché da GIUSTINIANI, RUSCICA, *Il preavviso di ricorso e gli effetti sul processo degli appalti: un*

Pertanto, il danneggiato che, avendo esercitato la domanda risarcitoria autonoma, si fosse limitato alla mera proposizione di un “avviso di danno”, non potrebbe essere reputato, per ciò solo, diligente, ai sensi dell’art. 30, comma 3, c.p.a.<sup>164</sup>.

Per la verità, parte della dottrina<sup>165</sup> ritiene che in casi eccezionali il cittadino ben possa adeguatamente adempiere il suo onere collaborativo con l’Amministrazione, proponendo una semplice istanza di autotutela.

Ciò avverrebbe, in particolare, nei casi di c.d. “autotutela doverosa”<sup>166</sup>, in cui l’ente pubblico sarebbe obbligato, al ricorrere di alcune circostanze, a rimuovere il proprio provvedimento<sup>167</sup>.

---

*istituto “bello e inutile”, ossia quando le buone intenzioni rischiano di fallire nell’applicazione pratica, cit., 83.*

<sup>163</sup> In proposito, si segnala TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, cit., intervenuto ad occuparsi del caso di un soggetto il quale, dopo aver proposto all’Amministrazione un’istanza di autotutela, ricorreva innanzi al g. a. per ottenere il risarcimento del danno, proponendo contemporaneamente domanda di annullamento, sebbene oltre il termine di decadenza. Il giudice pugliese rigetta, per tardività, l’azione impugnatoria, ma, accertando in via incidentale l’illegittimità del provvedimento lesivo e tardivamente contestato, accoglie la domanda risarcitoria. Quanto all’istanza di autotutela, il TAR ritiene che “se [...] affinché la condotta del danneggiato sia ritenuta conforme all’ordinaria diligenza, non è indispensabile la rituale proposizione dell’azione caducatoria, non può la mera richiesta di annullamento in autotutela avere la medesima valenza sul piano eziologico, pur se ipotetico, della evitabilità del danno”.

<sup>164</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, cit.; nonché, PENASA, *op. ult. cit.*, 180; COPPOLA, *L’art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918.

<sup>165</sup> Ci si riferisce, in particolare, a RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della “direttiva ricorsi”*, cit.; CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit.; BACCARINI, *Scelta” delle azioni e valutazione della “necessità” dell’annullamento per la tutela del ricorrente*, cit., 1285-1286; PRIMERANO, *L’autonomia «disincentivata» dell’azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell’azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2587; GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>166</sup> Di “dovere qualificato dell’amministrazione di provvedere in ordine all’istanza di autotutela” parla BACCARINI *op. utl. cit.*, 1285-1286, il quale riconduce l’istanza in esame nell’ambito dell’istituto civilistico della costituzione in mora. Secondo l’A., invero, “l’avviso di danno, diretto a sollecitare i poteri di autotutela, svolge una funzione sostanzialmente analoga a quella della costituzione in mora, che il combinato disposto degli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 243-bis cod. contr. rende necessaria in deroga al principio della *mora ex re* di cui all’art. 1219, comma 2, lett. a) (sempre che la responsabilità dell’amministrazione sia extracontrattuale)”.

<sup>167</sup> In giurisprudenza, il suddetto principio è stato sostenuto, in particolare, da TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale, se l’Amministrazione, a fronte di un’istanza di autotutela presentata dal privato nei suddetti casi eccezionali, rimanesse inerte, detto comportamento sarebbe censurabile attraverso il giudizio sul c.d. silenzio-inadempimento. Nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, 5 ottobre 2007, n. 2058, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 5056, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Nello specifico, un siffatto obbligo sarebbe ravvisabile quando l'atto amministrativo, oltre ad essere invalido, perché adottato *contra legem*, sia anche illecito, poiché causativo di un danno ingiusto, *ex art. 2043 c.c.*

Affinché la p. A. sia obbligata ad agire in autotutela, sarebbe, inoltre, necessario che il privato motivi in modo completo la sua istanza, così da limitare grandemente gli spazi decisionali riservati all'Amministrazione<sup>168</sup>.

Infine, sarebbe, a tal uopo, opportuno che detta istanza venga presentata prima della scadenza del termine per ricorrere innanzi al giudice amministrativo<sup>169</sup>, pena una sostanziale, quanto inammissibile, riapertura dei termini per impugnare, con violazione dell'esigenza di certezza e stabilità dell'azione amministrativa<sup>170</sup>.

Orbene, nella contemporanea presenza di queste condizioni, l'Autorità sarebbe obbligata a ritirare l'atto lesivo. Pertanto, qualora la p. A. non esercitasse i poteri di autotutela, il privato, il quale agisse in sede risarcitoria senza impugnare l'atto lesivo, non dovrebbe essere reputato, per ciò solo, negligente e, conseguentemente, il giudice amministrativo non potrebbe addivenire ad alcuna riduzione risarcitoria<sup>171</sup>.

Il descritto orientamento dottrinario, pur essendo fortemente innovativo, non può, tuttavia, ad un'attenta analisi, essere condiviso.

A ciò vi osta la considerazione secondo cui la teoria dell'autotutela doverosa non è affatto pacifica in dottrina ed in giurisprudenza<sup>172</sup>. Anzi,

---

<sup>168</sup> Cfr. RENNA, *op. ult. cit.*; nonché GISONDI, *op. ult. cit.*, il quale ritiene che “sarà, quindi, censurabile, sotto questo punto di vista, il comportamento della p. a., che, nonostante il carattere palese dei vizi e dei danni evidenziati dal soggetto leso, rifiuti pretestuosamente di annullare l'atto”.

<sup>169</sup> Cfr. CAPONIGRO, *op. ult. cit.*; PRIMERANO, *op. ult. cit.*, 2587; RENNA, *op. ult. cit.*; nonché GISONDI, *op. ult. cit.*, secondo cui “il principio della spontaneità della autotutela non pare [...] invocabile, a fronte di un'istanza di annullamento presentata prima della scadenza del termine di 120 giorni per la proposizione della azione risarcitoria: fino a tale momento, infatti, l'emanazione del provvedimento illegittimo rimane qualificabile come un fatto illecito di cui è la p. a., *in primis*, ad essere responsabile e, quindi, onerata della rimozione delle relative conseguenze dannose”.

<sup>170</sup> TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125, cit.

<sup>171</sup> GISONDI, *op. ult. cit.*

<sup>172</sup> Cfr., in merito, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, cit., secondo cui “la presentazione entro il termine decadenziale, della mera istanza di annullamento d'ufficio, se circostanziata e motivata, pone l'Amministrazione nella posizione di poter evitare la condanna al risarcimento del danno, ma soltanto a seguito di autonoma valutazione, espressione di discrezionalità tipica dell'autotutela con funzione di riesame, a meno che si ritenga sussistere un'ipotesi, del tutto atipica, di autotutela doverosa”.

l'indirizzo di gran lunga prevalente tra gli operatori del diritto<sup>173</sup> è nel senso di ritenere il suddetto potere, sempre e comunque, di natura discrezionale, salvo alcuni casi del tutto eccezionali<sup>174</sup>, all'interno dei quali non è però compreso quello in esame<sup>175</sup>.

A ben guardare, inoltre, chi pure ammette l'esistenza, nei casi *de quibus*, di un obbligo per la p. A. di agire in autotutela, ne circoscrive poi la vincolatività al profilo concernente il mero dovere dell'Amministrazione di dare una risposta al privato, lasciando, quindi, alla piena discrezionalità della medesima decidere se ritirare o meno il provvedimento illegittimo<sup>176</sup>. A fronte di un'istanza di questo

---

<sup>173</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui “non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile *ab extra* l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto [...]”; Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2009, n. 1880, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per il quale “il potere di autotutela si esercita d'ufficio e non su istanza di parte e pertanto sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non c'è alcun obbligo giuridico di provvedere”. Nel medesimo senso, v., inoltre, Cons. St., Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 4308, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2010, n. 592, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5408, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Marche, Sez. I, 8 novembre 2010, n. 3373, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Sez. I, 5 maggio 2010, n. 9769, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>174</sup> Gli unici casi di “autotutela doverosa” ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono quelli consistenti: nell'annullamento d'ufficio disposto in ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario passata in giudicato che abbia riconosciuto l'illegittimità di un provvedimento amministrativo; nell'annullamento *ex officio* a seguito di una decisione di un'Autorità di controllo, cui non spetti il potere di annullare il provvedimento; nella rimozione di un provvedimento che sia in rapporto di stretta consequenzialità con un provvedimento presupposto già annullato; nell'annullamento di un provvedimento frutto di inesatta percezione della realtà da parte della p.A. a seguito di comportamento frodatorio del soggetto istante; nell'annullamento del provvedimento in contrasto con il diritto comunitario, anche se, sul punto, non vi è unanimità di opinioni in dottrina. In giurisprudenza si segnala il contributo di Cons. St., Sez. V., 30 dicembre 2015, n. 5862, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale riconosce come “doveroso” l'esercizio del potere di autotutela della p.A., quando questo serva a rimuovere un provvedimento con cui è stato concesso ad un finanziamento in modo illegittimo. Ad avviso del Collegio, in particolare, “l'annullamento in autotutela dell'illegittima ammissione al finanziamento [...] ha natura sostanzialmente doverosa sotto il profilo delle responsabilità e della legittima gestione delle risorse pubbliche: non rileva nelle specie, infatti, solo la validazione della spesa da parte dell'Amministrazione, ma anche la necessità stessa di ripristinare la legalità violata che ha originato una indebita (anche potenziale) erogazione di benefici economici comunque a danno delle finanze pubbliche”. Nello stesso senso, v. Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2002, n. 4751, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>175</sup> Cfr. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio “doveroso”. Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela “vincolata”*, cit.; CARUSO, voce *Autotutela*, cit., 269.

<sup>176</sup> Cfr., su tutti, TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125, cit., il quale, nel dichiarare illegittimo il silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte dell'istanza di autotutela del privato, ritiene che “non può, peraltro, essere accolta la domanda di accertamento della fondatezza dell'istanza, stante l'assenza di profili di vincolatività nell'agire successivo dell'Amministrazione”.

tipo, invero, l'ente pubblico sarebbe obbligato unicamente a dare una risposta al cittadino, non essendo, invece, in alcun modo vincolata ad esercitare i suoi poteri di riesame.

Ne consegue, allora, che, pur volendo aderire alla tesi dell'autotutela doverosa, si dovrebbe accettare che, anche in questi casi, l'istanza di riesame non eserciterebbe, comunque, alcuna influenza eziologica sulla rimozione dell'atto da parte dell'Amministrazione e, quindi, sulla mitigazione del danno dalla stessa prodotto.

Se questo è vero, si deve, pertanto, concludere che, contrariamente a quanto talvolta sostenuto in giurisprudenza<sup>177</sup>, non è affatto sufficiente, ad integrare una condotta conforme a diligenza, la proposizione da parte del privato di semplici istanze di autotutela<sup>178</sup>. A ciò si contrappone, infatti, la stringente difficoltà per l'organo giudicante di accertare il nesso causale tra la sollecitazione di siffatti poteri discrezionali e la rimozione dell'atto da parte dell'Amministrazione.

Quanto affermato, però, non significa che la proposizione di detto strumento extragiudiziale di tutela sia indifferente per l'ordinamento.

Per vero, alle descritte difficoltà di natura probatoria si può agevolmente ovviare facendo rientrare la valutazione di tale condotta attiva del privato nell'ambito del più generale giudizio concernente il "comportamento complessivo delle parti", che il g. a. deve espletare ai sensi art. 30, comma 3, c.p.a.<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Ci si riferisce all'esaminato orientamento giurisprudenziale, analizzato al par. 7 del precedente capitolo, espresso, in particolare, da Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit.; e da Cons. St., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605, cit.

<sup>178</sup> Alle medesime conclusioni si perviene seguendo un'altra strada esegetica, come quella intrapresa da Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, cit., il quale distingue l'ambito applicativo dell'onere di diligenza del danneggiato a seconda che si tratti di rapporti interpretativistici ovvero di natura amministrativa. Nel primo caso, invero, "chi ha provocato il danno ha l'obbligo di attivarsi per rimuovere le conseguenze dannose del suo comportamento [...]". Nel secondo caso, invece, va considerato che "il rapporto amministrativo [...] è connotato dall'esecutorietà del provvedimento amministrativo. In forza della suddetta caratteristica l'amministrazione ha l'obbligo di dare esecuzione agli atti dotati di tale forza giuridica; l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi non costituisce affatto un obbligo, ed anzi presuppone la valutazione discrezionale dei diversi interessi implicati". Nel medesimo senso, v. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, cit.; nonché, in dottrina, COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918; CICERO, MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo amministrativo e la prassi giurisprudenziale*, cit., 1052.

<sup>179</sup> Alle medesime conclusioni giunge BARRA CARACCILOLO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, cit., 760.

Occorre però avvertire che, in questi casi, si è al di fuori di un giudizio strettamente causale, trattandosi, più correttamente, di un accertamento di natura meramente equitativa<sup>180</sup>.

Come si ricorderà, infatti, il codice del processo, oltre ad obbligare il giudice amministrativo ad escludere il risarcimento dei danni che il privato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, "anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", richiede che l'organo giudicante, nel determinare l'ammontare risarcitorio, valuti tutte le circostanze fattuali, nonché, appunto, il "comportamento complessivo delle parti".

Dunque, è all'interno di questa clausola generale che si devono far rientrare tutti quei comportamenti del privato che, pur manifestando un intento *latu senso* collaborativo con l'Amministrazione<sup>181</sup>, non abbiano, per le ragioni esposte, quella sicura efficienza eziologica sulla mitigazione del danno, che il legislatore, invece, richiede per l'applicazione della parte conclusiva del terzo comma dell'art. 30 c.p.a.

Va, inoltre, evidenziato, che la valorizzazione, così compiuta, di tale condotta del privato ha l'ulteriore pregio di indurre il giudice amministrativo ad occuparsi non solo del comportamento del ricorrente, ma anche – e prima di tutto – di quello della stessa p. A., la quale, a fronte di un danno ingiusto dalla stessa causato, è a sua volta tenuta a non aggravare la situazione pregiudizievole del danneggiato, rimuovendo l'atto lesivo.

Un'ultima considerazione è d'obbligo, in chiusura, espletare in merito al nesso di causalità tra condotta omissiva del privato ed aggravamento del danno.

Come si è detto, almeno due degli strumenti di tutela astrattamente azionabili dal danneggiato, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., non lo sono, ad un'attenta analisi, in concreto.

---

<sup>180</sup> In questo senso ragiona, TAR Puglia Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, cit., il quale, a fronte di un'istanza di autotutela proposta dal privato, qualifica la condotta tenuta *in parte qua* dal danneggiato, come solo "parzialmente negligente", proprio in virtù della scarsa influenza eziologica che la stessa esercita sulla riduzione del danno. Sulla scorta di ciò, i giudici amministrativi procedono, dunque, più che ad una vera e propria esclusione del risarcimento, come richiederebbe la parte finale dell'art. 30, comma 3, c.p.a., ad una mera riduzione del medesimo, che stimano in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c.

<sup>181</sup> In questo senso, PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2587.

Ci si riferisce ai ricorsi amministrativi e alle istanze di autotutela, i quali, ognuno per motivi diversi, non garantiscono una tutela adeguata al cittadino. I primi, in particolare, non sono attivabili in gran parte del contenzioso privato-Amministrazione; le seconde, viceversa, nonostante godano di un'applicazione più generalizzata, non hanno, nella pratica, una reale e soddisfacente valenza eziologica sulla mitigazione del danno.

Ne discende che l'esercizio di questi strumenti non può, a rigore, essere, rispettivamente, richiesto, ovvero ritenuto sufficiente, al fine di considerare il comportamento del privato conforme all'ordinaria diligenza.

Se, allora, si ritenesse che nel novero dei comportamenti esigibili dal danneggiato andrebbero compresi unicamente l'esercizio dei ricorsi amministrativi o delle istanze di autotutela, il campo di applicazione dell'art. 30 ne risulterebbe considerevolmente circoscritto, se non proprio annullato.

Pertanto, se non si vuole confinare la novella legislativa nel limbo dell'inutilità normativa, occorre fornire alla medesima una lettura diversa e, per così dire, "salvifica", la quale comprenda, nell'onere di diligenza in questione, anche e soprattutto la proposizione della domanda di annullamento.

Si conferma, così, anche per questa via, la validità della tesi, condivisa da chi scrive, dell'attuale e perdurante rilevanza dell'omessa impugnazione del provvedimento illegittimo nel giudizio risarcitorio.

### *5.3. Il dolo o la colpa del danneggiato*

Al fine di considerare il comportamento del privato contrario all'ordinaria diligenza non è, tuttavia, ancora sufficiente rilevare che costui abbia omesso di impugnare l'atto lesivo e che il rimedio giurisdizionale, qualora attivato, avrebbe avuto una efficienza eziologica sulla mitigazione del danno, essendo a tal uopo necessario accertare un terzo ed ulteriore requisito.

Si tratta di quello che può essere definito come l'elemento soggettivo della fattispecie di auto-responsabilità di cui agli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c., ovvero – più semplicemente – del dolo o della colpa del danneggiato.



Si vuole, in altri termini, ritenere che il giudice amministrativo, adito con l'*actio damni* in forma autonoma, debba scrutinare le motivazioni strettamente soggettive sottese alla scelta del ricorrente di non impugnare il provvedimento dannoso, così da evitare la riduzione del *quantum* risarcitorio, qualora reputasse tale condotta pienamente giustificata.

La suddetta valutazione si ritiene, invero, necessaria alla luce della semplice considerazione secondo cui l'art. 30, comma 3, c.p.a. – al pari dello stesso art. 1227, comma 2 c.c. – non si occupa del solo profilo della c.d. causalità giuridica, ma anche della “diligenza” del danneggiato<sup>182</sup>. Le norme citate, cioè, oltre a richiedere l'accertamento del nesso eziologico tra la condotta omissiva del privato e l'aggravamento del danno, pretendono che detto scrutinio venga parametrato alla diligenza e, dunque, alla mancanza di colpa del danneggiato.

Più nel dettaglio, il *dictum* normativo recato dagli artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a. si fonda su tre concetti giuridici fondamentali, ognuno dei quali risponde ad una logica differente.

In primo luogo, le norme – come è stato ampiamente illustrato<sup>183</sup> – sono espressione del generale principio di buona fede, riletto in chiave solidaristica, ex art. 2 Cost.<sup>184</sup>: in virtù di ciò, il legislatore pretende che il privato, a fronte del danno ingiusto arrecatogli dalla controparte, non si limiti a tenere un mero comportamento omissivo, ma si attivi in senso positivo per evitare, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, l'aggravamento della sua situazione pregiudizievole<sup>185</sup>. Sotto questo profilo, gli articoli in esame si pongono, dunque, come vere e proprie fonti di obbligazioni a carico del creditore/danneggiato, imponendogli di tenere un determinato comportamento<sup>186</sup>, alla stessa stregua di

---

<sup>182</sup> LENOCI, *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, cit., 554.

<sup>183</sup> Cfr. il par. 5 del precedente capitolo.

<sup>184</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.; in dottrina, v., su tutti, BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, cit., 143.

<sup>185</sup> SIGNORELLI, *Il concorso di colpa del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale – II parte*, cit., 456.

<sup>186</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 15 ottobre 2004, n. 20324, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 10, secondo cui il comportamento del creditore, valutabile, ex art. 1227, comma 2, c.c., “costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge, quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, perciò costituente fatto totalmente o parzialmente impeditivo della responsabilità del danneggiante”. In termini, Cass. Civ., Sez. Lav., 14 novembre 2013, n. 25607, in [www.dirittoegiusustizia.it](http://www.dirittoegiusustizia.it); Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2011, n. 6259, in *Giust. civ.*, 2013, 1552.

quanto il contratto, ovvero la violazione del principio generale del *neminem ledere*, impongono al debitore o al danneggiato.

In secondo luogo, esse, nel fare riferimento ai danni che il privato “avrebbe potuto evitare”, si esprimono evidentemente anche in termini di causalità, richiedendo al privato di porre in essere, non già tutti i comportamenti che da costui si possano pretendere secondo buona fede, ma soltanto quelli che si rivelino, seguendo un giudizio *ex post*, eziologicamente rilevanti ai fini della riduzione del pregiudizio<sup>187</sup>. In altri termini, gli artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a. si preoccupano non soltanto di imporre delle obbligazioni a carico del creditore/danneggiato, ma anche di selezionare dette obbligazioni, limitando lo sforzo richiedibile dal privato a quei comportamenti che, secondo un giudizio strettamente causale, risultino idonei ad elidere il danno.

Infine, entrambe le disposizioni rinviano al medesimo concetto di “ordinaria diligenza”, quale parametro cui misurare l’impegno esigibile dal danneggiato. Si tratta, in sostanza, di un ulteriore limite all’applicazione della normativa in esame, che isola, dal novero dei comportamenti astrattamente esigibili dal privato – in quanto causalmente idonei ad evitare il danno – solo quelli che, in concreto, siano appunto conformi alla “diligenza ordinaria”. Quest’ultima, in particolare, deve essere intesa quale elemento soggettivo<sup>188</sup> dell’obbligazione incombente sul creditore/danneggiato, alla pari della diligenza che, *ex art. 1176 c.c.*, deve connotare la prestazione del debitore<sup>189</sup>. Essa, inoltre,

---

<sup>187</sup> Come si è sottolineato nelle pagine precedenti, la tesi che individua il fondamento dogmatico dell’art. 1227, comma 2, c.c. nel principio generale di buona fede non è inconciliabile con l’orientamento dottrinale che inquadra la norma in esame nell’ambito della causalità giuridica. Cfr., in merito, VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 693; nonché FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, cit., 108. Nello stesso senso, v. Cons. St., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 1565, cit., secondo cui l’art. 1227, comma 2, c.c. “introduce un giudizio basato sulla cd. causalità ipotetica, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza e, sul piano teleologico, costituisce espressione del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali”.

<sup>188</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 6 luglio 2002, n. 9850, in *www.dejure.giuffre.it* che, riproponendo la tesi tradizionale della Cassazione, secondo cui “non può esigersi che il creditore o il danneggiato, per non aggravare le conseguenze dannose che gli derivano dall’inadempimento o dal fatto illecito altrui, si assoggetti ad un’attività abnorme e più onerosa di quel che comporti l’ordinaria diligenza”, precisa che l’inerzia del creditore diventa rilevante “solo quando essa sia ascrivibile a dolo o colpa”.

<sup>189</sup> In merito, v. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 431 ss., il quale, tuttavia, osserva che la diligenza richiesta al creditore non è strettamente assimilabile a quella che il debitore deve impiegare per adempiere alla sua prestazione, in quanto l’interesse perseguito dal

va tenuta distinta dalla diversa nozione di “buona fede oggettiva”, che si è visto essere solo la *ratio* ispiratrice delle disposizioni in parola, nonché la fonte dell’obbligo comportamentale in questione<sup>190</sup>.

Da queste brevi premesse discende, allora, che il giudice amministrativo, nell’applicare l’art. 30, comma 3, c.p.a., non si deve limitare ad accertare il nesso di causalità tra mancata impugnazione ed aggravamento del danno, dovendo concentrare la sua attenzione anche sulla negligenza del danneggiato.

Una timida apertura in questo senso sembra, peraltro, inavvertitamente provenire dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, nella sentenza n. 3/2011, definisce la condotta del cittadino, il quale agisca in sede risarcitoria senza aver esperito la tutela costitutiva, laconicamente, come “opportunistica”.

In particolare, secondo i giudici amministrativi, “la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa, che [...] avrebbe plausibilmente [...] evitato, in tutto o in parte, il danno integra violazione dell’obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l’effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall’art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile”<sup>191</sup>.

---

primo soggetto ha, nel rapporto obbligatorio, un peso indubbiamente diverso rispetto a quello del secondo. Ad avviso dell’A., invero, “l’imposizione all’avente diritto della stessa diligenza del debitore attribuirebbe al creditore, in quanto tale, la posizione di obbligato nell’ambito dello stesso rapporto obbligatorio. Costruzione, questa, che è inaccettabile poiché [...] essa finirebbe con l’elevare un interesse di salvaguardia del debitore al grado di interesse creditorio e snaturerebbe quindi la struttura di un rapporto che si costituisce e ha normativamente ragione di essere in quanto volto a realizzare l’interesse del soggetto attivo a ricevere la prestazione.” Nel medesimo senso, si esprime LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell’interesse legittimo*, cit., 529 ss.

<sup>190</sup> Cfr. TROPEA, *La traslatio iudicii si “schiude”, ma l’abuso “per omissione” di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, cit., 1440; nonché BUSNELLI, *La responsabilità per l’esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 558.

<sup>191</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit., al punto 7.2.3 della motivazione.

Ad avviso del Consiglio di Stato, dunque, se il privato omette di esercitare l'azione di annullamento – che, secondo un giudizio meramente eziologico, avrebbe evitato il danno – e “congiuntamente” propone una domanda risarcitoria autonoma, il suo comportamento deve essere qualificato come “opportunistico”, come tale sanzionabile con la decurtazione risarcitoria.

Orbene, questa affermazione, ad una prima lettura, suscita più di qualche perplessità, in quanto sembra fissare una sorta di automatismo, tale per cui ogni qualvolta il cittadino eserciti l'*actio damni*, senza avvalersi dello strumento appositamente predisposto dal legislatore per elidere il danno – vale a dire la domanda di annullamento –, il suo comportamento debba essere giudicato malizioso, ovvero abusivo<sup>192</sup>.

Onde evitare di cadere in un simile cortocircuito logico-giuridico, si deve, allora, fornire alla decisione in esame un'interpretazione diversa e ritenere che, per qualificare detta condotta come “opportunistica”, occorre tenere presenti le condizioni soggettive che, nel caso concreto, sottendano una tale scelta processuale.

A ben vedere, infatti, la decisione del ricorrente di non avvalersi della tutela costitutiva può fondarsi su varie e disparate ragioni<sup>193</sup>, che il giudice amministrativo non può sacrificare in omaggio alla riscontrata rilevanza causale che la caducazione non richiesta del provvedimento avrebbe esercitato sulla mitigazione del pregiudizio<sup>194</sup>.

Si pensi ai casi in cui il cittadino non abbia alcun interesse ad esercitare l'azione impugnatoria, perché, in concreto, non è gli conveniente sul piano

---

<sup>192</sup> La stessa critica viene sollevata da BUSNELLI, *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con occhiali del civilista*, cit., 559, secondo cui “assumerebbe [...] un carattere melanconicamente autoritario l'idea di sanzionare – perché in definitiva di sanzione si tratterebbe – il mancato esperimento dell'azione di annullamento, in sé e per sé, come omissione di un comportamento collaborativo mirante a «prevenire comportamenti opportunistici»”.

<sup>193</sup> In termini di “meritevolezza dell'interesse del ricorrente alla sola tutela risarcitoria” si esprime PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, cit., 1333.

<sup>194</sup> Cfr. BARBIERI, *Lesione degli interessi legittimi ed ordinaria diligenza per un risarcimento integrale*, cit., 406, per il quale “se la valutazione dell'ordinaria diligenza viene estesa anche alla scelta delle tecniche di difesa dal danno lamentato ad essa non possono di conseguenza restare estranee anche considerazioni che attengono alla sfera di libertà dell'interessato. L'idoneità del rimedio impugnatorio ad interrompere ogni rapporto causale con il danno, se concretamente valutata all'interno del rapporto in atto, non potrebbe infatti prescindere dai molteplici concreti interessi del danneggiato”.

economico, ovvero alle ipotesi in cui il mancato esercizio della domanda di annullamento si fondi su di un mero errore scusabile<sup>195</sup>.

Quanto alla prima ipotesi, si consideri, a titolo esemplificativo, la condotta del privato che, a fronte di un illegittimo provvedimento di diniego di un permesso di costruire, non abbia più alcun interesse alla demolizione dell'atto lesivo, e quindi all'ottenimento del provvedimento favorevole, in virtù del sopravvenuto aumento del costo di produzione della costruzione<sup>196</sup>.

In merito alla seconda eventualità, occorre considerare che la scelta di non azionare la tutela caducatoria può, talvolta, dipendere da un incolpevole errore di valutazione circa la definitività degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento, che sconsiglino il soggetto di attivare un giudizio che non gli recherebbe alcun vantaggio. Inoltre, una siffatta scelta processuale può, in ipotesi, derivare da un mero errore di calcolo del termine di decadenza, che, purché sia scusabile, costringa il cittadino a proporre la sola domanda risarcitoria<sup>197</sup>.

Orbene, in tutti questi casi, il giudice amministrativo, nonostante rilevasse che l'annullamento dell'atto illegittimo avrebbe, secondo un giudizio meramente causale, evitato in tutto o in parte il danno, non dovrebbe procedere alla riduzione del *quantum* risarcitorio, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., per difetto di negligenza del privato.

---

<sup>195</sup> Su questo profilo, in particolare, si concentra l'attenzione di PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 179.

<sup>196</sup> Cfr. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, cit., 1333, il quale, a questa ipotesi, aggiunge quella dell'aggiudicazione di un contratto pubblico ad un altro concorrente: "se il concorrente illegittimamente escluso dalla procedura concorsuale mostra di non avere più interesse all'aggiudicazione, avendo deciso di destinare le proprie risorse ad altre attività, non gli si potrà richiedere di impugnare tempestivamente il provvedimento (dovendosi, anche in questo caso, predicare un interesse all'annullamento in sé e per sé considerato), ben potendo costui esperire la sola azione risarcitoria".

<sup>197</sup> Cfr. PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 179, il quale ritiene che "la presenza di un simile errore non esoneri il danneggiato dal proporre, oltre alla domanda di risarcimento anche quella di annullamento, chiedendo contestualmente al giudice amministrativo la rimessione nel termine per impugnare ex art. 37 c.p.a.". Tuttavia, precisa l'A., "l'errore scusabile varrà soltanto a escludere l'operare dell'art. 1227, comma 2, c.c. [...] con riguardo ai danni sofferti prima della proposizione della domanda di annullamento perché, chiaramente, non evitabili con l'ordinaria diligenza".

In questa direzione sembra, inoltre, orientarsi la più recente giurisprudenza amministrativa<sup>198</sup>, la quale espressamente condiziona la decurtazione risarcitoria, disposta dalla norma in esame, all'assenza di una valida ragione che giustifichi l'omessa proposizione della domanda di annullamento da parte del ricorrente.

Si tratta, in particolare, di alcune pronunce del giudice di prime cure, le quali impongono al privato, che ricorra in sede risarcitoria autonoma, di giustificare la mancata attivazione del giudizio demolitorio e, conseguentemente, giungono a qualificare detta condotta come "opportunistica" soltanto in assenza di tali giustificazioni<sup>199</sup>.

Da ciò si deduce, seguendo un ragionamento *a contrario*, che, se è vero che il cittadino possa ritenersi esonerato dal proporre la domanda di annullamento, solo in presenza di una "valida ragione"<sup>200</sup>, ne deriva che, per reputare la sua condotta contraria all'ordinaria diligenza, *ex art. 30 c.p.a.*, occorre che essa sia ingiustificata, ovvero connotata da dolo o da colpa.

In altri termini, al fine di procedere alla riduzione del *quantum* risarcitorio il giudice amministrativo deve appurare che la scelta del privato di agire con l'azione risarcitoria autonoma sia ispirata da semplice mala fede, cioè da uno spirito meramente lucrativo a danno dell'Amministrazione, ovvero che derivi da un errore inescusabile e, come tale, colposo<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2016, n. 1649, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Campania, Napoli, 28 gennaio 2015, n. 505, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2015, n. 44, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>199</sup> Cfr. TAR Genova, Sez. II, 9 gennaio 2015, n. 44, cit., il quale si interroga se la condotta della ricorrente, che aveva omesso di impugnare il provvedimento di esclusione da una gara pubblica, integri o meno una violazione del canone comportamentale di cui all'art. 1227, comma 2, c.c. Ad avviso dei giudici amministrativi, "la risposta non può che essere positiva, in considerazione del fatto che il provvedimento di esclusione era stato regolarmente portato a conoscenza dell'interessata la quale, tuttavia, ha omesso di gravarlo in sede giurisdizionale, senza addurre alcun elemento atto a giustificare l'omesso utilizzo dello strumento impugnatorio ovvero a dimostrare che l'eventuale esito demolitorio non avrebbe rivestito utilità concreta". Negli stessi termini, TAR Campania, Napoli, 28 gennaio 2015, n. 505, cit., il quale, equiparando la disposizione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., non tanto all'art. 1227, comma 2, del codice civile italiano, quanto all'art. 839 del BGB tedesco, afferma che la domanda risarcitoria non può, nel caso di specie, essere accolta, "in applicazione del consolidato indirizzo interpretativo affermatosi con riguardo alla previsione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., la quale [...] esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti e, dunque, anche omettendo, senza una valida ragione, d'impugnare il provvedimento lesivo entro il termine di decadenza".

<sup>200</sup> Così, TAR Campania, Napoli, 28 gennaio 2015, n. 505, cit.

<sup>201</sup> In merito al requisito della colpa del danneggiato, si segnala il contributo di SPAVENTI, *Azione risarcitoria autonoma e concorso di colpa del creditore*, cit., 1061, la quale evidenzia come ci siano delle "divergenze nell'utilizzo del criterio del concorso di colpa del creditore

Ancora più esplicitamente si esprime, infine, altra giurisprudenza, la quale, ponendosi nel tracciato segnato da parte della dottrina<sup>202</sup>, afferma espressamente che, per addivenire alla decurtazione del risarcimento, l'organo giudicante debba accertare la negligenza del ricorrente.

Ci si riferisce, nello specifico, ad una recente presa di posizione dei giudici di merito<sup>203</sup>, i quali, facendo proprio il precedente del Consiglio di Stato n. 1983/2011<sup>204</sup>, affermano chiaramente che la pretermissione della previa azione di annullamento contro l'atto fonte del danno "può impedire, o limitare, il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che: a) la mancata azione giudiziale è caratterizzata da colpevolezza (secondo una concreta e ordinaria esigibilità); b) fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di consequenzialità diretta, perché il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento"<sup>205</sup>.

---

danneggiato da parte della giurisprudenza amministrativa rispetto alle coordinate civilistiche", in quanto "nelle motivazioni delle sentenze amministrative sembra esservi una sovrapposizione del riferimento al criterio dell'auto-responsabilità con quello della rilevanza ai fini del nesso causale". Ad avviso dell'A., invero, "nella giurisprudenza amministrativa [...] il piano strutturale (ossia quello relativo all'incidenza eziologica della mancata condotta doverosa) viene strettamente connesso a quello funzionale e marcato in maniera forte da un giudizio di disvalore quasi etico (ossia l'approfittamento ingiusto degli strumenti di tutela per finalità opportunistiche)".

<sup>202</sup> V., in particolare, NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui "la drastica previsione, per cui il giudice deve comunque escludere il danno che sarebbe stato possibile evitare attraverso l'attivazione degli strumenti di tutela, non deve condurre ad un'applicazione automatica della norma, scevra dalla valutazione dell'elemento psicologico e della condotta complessiva di entrambe le parti, sia del danneggiato, ma anche del danneggiante". Di conseguenza, prosegue l'A., "il giudice non potrà escludere a priori il risarcimento per il privato che non abbia esperito tempestivamente il rimedio costitutivo dovendo, invece, procedere ad una valutazione completa del rapporto sostanziale dedotto in giudizio che comporterà l'accertamento della condotta tenuta da tutti i soggetti, anche sotto il profilo dell'elemento psicologico della colpa. Proprio attraverso la valutazione dell'elemento colposo", conclude l'A., "la disciplina dell'azione risarcitoria potrà, per un verso, garantire una tutela piena ed effettiva dei danneggiati dall'azione amministrativa e, per altro, porre a riparo da comportamenti opportunistici della parte privata e di quella pubblica".

<sup>203</sup> Cfr. TAR Sicilia, Catanzaro, Sez. II, 1 febbraio 2016, n. 148, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>204</sup> Ci si riferisce a Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit., di cui ci si è occupati nel capitolo secondo del presente lavoro.

<sup>205</sup> Così, TAR Sicilia, Catanzaro, Sez. II, 1 febbraio 2016, n. 148, cit., nonché, Cons. St., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit. Sulla necessità di accertare la colpa del danneggiato, v. anche PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 2587, il quale fa notare come "è proprio attraverso la valutazione dell'elemento colposo che la disciplina dell'azione risarcitoria potrà rendersi garante di una tutela piena ed effettiva dei danneggiati dall'azione amministrativa".

Seguendo il ragionamento della pronuncia appena citata, si deve, dunque, ritenere che il g. a., affinché pervenga alla riduzione del *quantum* risarcitorio, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., debba appurare non soltanto che l'omesso annullamento del provvedimento lesivo avrebbe, secondo un giudizio eziologico, evitato il danno, ma, altresì, che la scelta del privato di agire unicamente con l'*actio damni* trovi fondamento, in concreto, nella sua "colpevolezza"<sup>206</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Da quanto fin qui esposto si può, dunque, concludere che l'art. 30 c.p.a. non accoglie, né la regola dell'autonomia pura tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria, né, tantomeno, quella della c.d. pregiudizialità mascherata fra i suddetti rimedi<sup>207</sup>.

Dal d.lgs. n. 104/2010 emerge, invece, che i rapporti tra la domanda di annullamento e l'*actio damni* sono improntati secondo la regola della "rilevanza sostanziale, ma condizionata", della prima forma di tutela rispetto alla seconda.

Più nel dettaglio, la mancata impugnazione dell'atto lesivo non determina l'inammissibilità della domanda risarcitoria autonoma, ma assume rilievo in sede

---

<sup>206</sup> A questa conclusione perviene, sia pure seguendo un diverso *iter* argomentativo, altra parte della dottrina, la quale inquadra la fattispecie in esame, non tanto nell'art. 1227, comma 2, c.c., quanto nel par. 839 BGB tedesco. Come si ricorderà, invero, quest'ultima disposizione, dettata in tema di responsabilità derivante dall'esercizio di pubbliche funzioni, prescrive il rigetto della domanda risarcitoria proposta in forma autonoma, allorché risulti che il privato abbia "dolosamente o colposamente" omesso la proposizione dell'azione di annullamento. Cfr., in proposito, CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, cit., il quale fa notare come l'interpretazione giurisprudenziale del par. 839 BGB "non attribuisce rilevanza *sic et simpliciter* alla mancata proposizione dell'azione giurisdizionale di annullamento dell'atto amministrativo". Ciò in quanto, "in primo luogo, entro la nozione di mezzo di impugnazione non rientra solo l'azione giurisdizionale, ma rientrano anche l'opposizione in via gerarchica e rimedi di carattere meno formale, come reclami e richieste di rettifica [...]. In secondo luogo, la proposizione del rimedio deve essere esigibile in concreto [...]. Infine, la mancata proposizione del mezzo di impugnazione deve stare in rapporto di causalità con il verificarsi del danno". Nel medesimo senso, v. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, cit. In giurisprudenza, v., da ultimo, TAR Campania, Napoli, 28 gennaio 2015, n. 505, cit.

<sup>207</sup> Nello stesso senso, Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2015, n. 2906, cit., secondo cui "in materia di pregiudiziale amministrativa, dagli art. 30 e ss. Cod. proc. amm., emerge che il legislatore delegato non ha condiviso né la tesi della pregiudizialità amministrativa, né peraltro, al contrario, quella della totale autonomia dei due rimedi, impugnatorio e risarcitorio, bensì ha optato per una soluzione intermedia, che valuta l'omessa tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo non come fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria, ma solo come condotta che, nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento, o a ridurre l'importo, ove accerti che la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo avrebbe evitato o limitato i danni da quest'ultimo derivanti".



di quantificazione del risarcimento richiesto dal danneggiato. Essa, dunque, non ha rilevanza processuale, bensì sostanziale.

Detta rilevanza non è, però, affatto automatica: accortosi che il privato non abbia proposto la domanda di annullamento, il giudice amministrativo non può, pertanto, procedere meccanicamente alla riduzione del risarcimento. Si tratta, allora, di una rilevanza altresì “condizionata”.

Più nel dettaglio, l’organo giudicante, al fine di pervenire alla decurtazione del *quantum* risarcitorio disposta dal terzo comma dell’art. 30, è tenuto ad espletare un triplice accertamento.

In primo luogo, deve inquadrare l’omessa impugnazione nell’ambito del globale comportamento del privato, in quanto, come si è visto, anche l’esercizio di strumenti alternativi di tutela, come i ricorsi amministrativi, può, nel caso concreto, essere conforme all’ordinaria diligenza pretesa dall’art. 30 c.p.a.

In secondo luogo, si deve accertare che l’annullamento non richiesto del provvedimento dannoso avrebbe, secondo la regola causale del “più probabile che non”, evitato in tutto in parte il danno. Ogni indagine su un’eventuale proposizione di istanze di autotutela va, invece, confinata nel generale giudizio sul “comportamento complessivo delle parti”, il quale va condotto, non già secondo le stringenti regole della causalità, bensì servendosi di parametri più propriamente equitativi.

In terzo luogo, il g. a. è tenuto ad appurare che l’omessa attivazione del giudizio annullatorio, nonostante abbia avuto un’influenza eziologica sull’ammontare del danno, derivi da un errore inescusabile del cittadino o dalla sua mala fede, ossia che detta condotta trovi fondamento nella colpa o nel dolo del danneggiato. Sicché, a fronte della mancata impugnazione dell’atto fonte della lesione, che sia frutto di un errore incolpevole del ricorrente, l’organo giudicante è pur sempre tenuto ad accogliere la domanda risarcitoria eventualmente proposta.

Come è evidente, interpretando in questo modo la normativa in esame, risulta di gran lunga alleggerito l’onere collaborativo incombente sul privato, il quale, se, da un lato – in omaggio alla lettura estensiva del concetto di “strumenti di tutela” –, è tenuto ad esercitare la domanda di annullamento, dall’altro lato,

l'omessa proposizione di detto rimedio deve essere comunque connotato, sul piano soggettivo, dalla sua colpevolezza.

Detto altrimenti, la “forzatura” del *dictum* normativo di cui all'art. 1227 c.c., dovuta all'inclusione, nel novero dei comportamenti esigibili dal creditore, anche dell'esercizio di azioni giudiziarie, viene, per così dire, compensata dalla necessità di accertare, accanto al nesso di causalità giuridica tra mancata impugnazione ed aggravamento del danno, la mala fede o la colpa del danneggiato.

La soluzione alla fine adottata sembra, così, essere quella più aderente ai parametri della logicità e della ragionevolezza, perché, pur assegnando rilevanza, in sede di quantificazione risarcitoria, alla mancata proposizione della domanda di annullamento, non fa eccessivamente gravare sul privato le conseguenze di detta condotta omissiva. Essa, inoltre, è pienamente confacente allo spirito compromissorio della riforma del 2010, in quanto se, da un lato, il rimedio dell'annullamento resta ancora al centro del sistema processuale amministrativo, a tutto vantaggio dell'Amministrazione, dall'altro lato, la diminuzione risarcitoria, derivante dalla sua mancata proposizione, incontra dei limiti considerevoli a tutela del privato danneggiato.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999*, Milano, 2000.
- AGRIFOGLIO G., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contr. impr.*, n. 3/2012.
- ALESI E., *L'intervento attivo del danneggiato ex art. 1227, comma 2, c.c.: l'esercizio di azioni giudiziarie è esigibile?*, in *Foro it.*, II, 1993.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, V, 1984.
- ALOIA A., *La pregiudiziale amministrativa. Sì sul versante sostanziale, no sul versante processuale*, in *www.diritto.it*, 2014.
- ANDARICCHIO D., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e la dubbio costituzionalità del termine di decadenza dell'azione di condanna ex art. 30 c.p.a.: la tutela risarcitoria degli interessi legittimi quale "diritto finanziariamente condizionato"?*, in *www.lexitalia.it*, 2016.
- AULETTA A., *Risarcimento del danno ed abuso della giurisdizione. Ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, in *www.giustamm.it*, 2009.
- AULETTA A., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *www.giustamm.it*, 2011.
- AULETTA A., *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste anche dopo i c.d. decreti correttivi: alcune brevi osservazioni*, in *www.giustamm.it*, 2012.
- AULETTA A., *Sulla valutazione del "comportamento complessivo delle parti" ai fini e per gli effetti di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. Cons. St., Sez.V, 29 novembre 2011, n. 6296*, in *La Rivista Neldiritto*, n. 2/2012.
- AULETTA A., *Sull'azione risarcitoria autonoma ed in specie sul comportamento esigibile a latere creditoris secondo buona fede. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 21 marzo 2012, n. 592*, in *La Rivista Neldiritto*, n. 6/2012.
- AZZARITI G., SCARPELLO G., *Prescrizione e decadenza*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997.
- BACCARINI S., *"Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. proc. amm.* n. 4/2011.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.
- BALDUZZI D., *L'art. 34, comma 3 c.p.a., tra conversione dell'azione e «interesse ai fini risarcitori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4/2013.

- BALLERO S., *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010.
- BARBIERI E. M., *Sulla funzionalizzazione degli strumenti di tutela contro i provvedimenti delle pubbliche Amministrazioni lesivi degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2011.
- BARBIERI E. M., *L'amministrazione può fare quel che vuole, purché paghi*, in *www.giustamm.it*, 2011.
- BARBIERI E. M., *Lesione degli interessi legittimi ed ordinaria diligenza per un risarcimento integrale*, in *Riv. trim. appalti*, 2011.
- BARBIERI E. M., *Il danno patrimoniale da provvedimento illegittimo fra prescrizione e decadenza*, in *Nuovo notiziario giur.*, 2011.
- BARRA CARACCILO F., *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. e impr.*, n. 3/2011.
- BARTOLINI A., FANTINI S., FIGORILLI F., *Il decreto di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, n. 6/2010.
- BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959.
- BERTONAZZI L., *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori servizi e fornitura*, Padova, 2014.
- BIANCA C. M., *Diritto Civile. La responsabilità*, Milano, 1997.
- BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1229*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1979.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto Civile. Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 2003.
- BOLDRIN M. A., *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2011.
- BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI G. (a cura di), *Artt. 1-1654*, Torino, 2000.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991.
- BUSNELLI F. D., *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, n. 4/2012.
- CALDARERA A., *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa? Poche battute a margine della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23*

marzo 2011, n. 3 e dell'ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I 07 settembre 2011, n. 1628, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

CAPASSO E., *L'azione risarcitoria nel codice del processo: dalla pregiudiziale amministrativa alla autonomia «temperata»*, in *Riv. amm.*, n. 7/2010.

CAPIZZI M., *Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 31 marzo 2011, n. 1983. Sulla rilevanza della mancata proposizione della domanda di risarcimento danni da attività amministrativa illegittima dopo l'intervento del d.lgs. n. 104/2010*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2011.

CAPONI R., *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011.

CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993.

CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, I, 1999.

CARANTA R., *Il ritorno dell'irresponsabilità*, in *Urb. app.*, n. 6/2001.

CARANTA R., *La tutela risarcitoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

CARBONE V., *Il rapporto di causalità*, in ALPA G., BESSONE M. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, I, 1997.

CARBONE A., *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009.

CARBONE A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. – TAR*, n. 5/2011.

CARBONE A., PIGNIATIELLO F., *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013.

CARINGELLA F., GAROFOLI R., *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2000.

CARINGELLA F., *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2008.

CARINGELLA F., *Contro la pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in CARINGELLA F., DE MARZO G. (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009.

CARINGELLA F., *La pregiudiziale amministrativa tra nuovo codice del processo amministrativo e decreto legislativo n. 53/2010 sugli appalti pubblici*, in [www.dikegiuridica.it](http://www.dikegiuridica.it), 2010.

CARINGELLA F., PROTTO M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010.

CARINGELLA F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del Codice e del decreto correttivo*, in *Urb. app.*, n. 1/2012.

CARPENTIERI P., *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm.* – TAR, 2006.

CARPENTIERI P., *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010.

CARUSO G., voce *Autotutela*, in PATTI S. (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, II, Milano, 2007.

CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

CASTRONOVO C., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2013.

CATTANEO G., *Concorso di colpa del danneggiato*, in VISNTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.

CERULLI IRELLI V., *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *www.giustamm.it*, 2006.

CHIEPPA R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010.

CHIEPPA R., *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*, 2010.

CHIEPPA R., *Riflessi sulla sentenza n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giu. Cost.*, 2010.

CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

CHINÈ G., ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009.

CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999.

CICERO C., MELAS C., *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo amministrativo e la prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 10/2012.

CIRILLO G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003.

CIRILLO G. P., *Il risarcimento del danno e l'incidenza, nella sua valutazione, della mancata proposizione dell'azione di annullamento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011.

- CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003.
- CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007.
- CLARICH M., *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010.
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010.
- CLARICH M., *Azione di risarcimento proposta in 120 giorni*, in *IlSole24ore*, 2011.
- COMPORTI G., *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2005.
- COMPORTI G., *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011.
- COMPORTI G., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, n. 1/2012.
- CONSOLO C., DI MAJO A., TRAVI A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, n. 8/2006.
- CONSOLO C., *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2007.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze civili e dei lodi*, Padova, 2008.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, Torino, 2010.
- CONTE R., *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3. La Plenaria ritorna sulla pregiudiziale amministrativa innovando il precedente orientamento interpretativo*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2011.
- CONTI G., *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015.
- COPPOLA L., *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, in *Danno e resp.*, n. 10/2011.
- CORAGGIO G., in NUNZIATA M. (a cura di), *Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani). Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.
- CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007.

CORTESE F., *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009.

CORTESE F., *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2011.

CORTESE F., *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La “nuova” responsabilità della p.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* n. 3/2012.

D'ANCONA S., *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009.

D'ANGELO L., *Dubbi sulla nuova e “stringata” tutela risarcitoria degli interessi legittimi previsti dal c.p.a., (nota a T.A.R. Sicilia, Sez. I, Palermo, ordinanza 7 settembre 2011, n. 628)*, in *www.giustamm.it*, 2011.

D'ORO F., *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teoria di un problema irreali*, in *www.lexitalia.it.*, 2009.

D'ORSOGNA M., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014.

D'HERIN H., *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, n. 3/2012.

DAIDONE A., *La diligenza del danneggiato e la quantificazione del danno nel processo amministrativo*, in *Foro amm. – CdS*, n. 6/2012.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979.

DE LISE P., *Verso il codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

DELFINO F., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione “sistematica”*, in *Dir. proc. amm.*, 1996.

DELFINO F., *La responsabilità extracontrattuale dei soggetti pubblici in Francia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.

DE LUCA A. M., *Il giudice amministrativo alle prese con le regole risarcitorie*, in *Corr. giur.*, n. 1/2009.

DE NICTOLIS R., *In difesa della pregiudiziale amministrativa*, in CARINGELLA F.,

DE MARZO G. (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009.



- DE NICTOLIS R. (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato aggiornato con il d.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con L. 24.3.2012, n. 27*, Assago, 2012.
- DE NICTOLIS R., *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna, e nell'Unione europea*, Trento, 2000.
- DE PRETIS D., *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Il risarcimento dei danni: nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205/2000*, Atti del convegno di Trento, 7-8 giugno 2002.
- DI PRISCO N., *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973.
- DI SERI C., *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- FALCON G., *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001.
- FALCON G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009.
- FANTINI S., *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. app.*, n. 5/2009.
- FANTINI S., *Azione di condanna*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010.
- FELIZIANI C., *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 1/2010.
- FERRARI S., TARANTINO L. M., *Il comportamento del danneggiato valutabile ex art. 1227c.c.*, in *Urb. app.*, n. 12/2008.
- FERRARI G., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010.
- FIGORILLI F., *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. app.*, n. 5/2012.
- FIMIANI G., *Sulla pregiudiziale la Cassazione rivendica una vittoria di Pirro*, in *Giust. civ.*, n. 12/2011.
- FOÀ S., *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010.

FOÀ S., *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 2/2016.

FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.

FOLLIERI E., *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998.

FOLLIERI E., *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

FOLLIERI E., *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.

FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960.

FORMICA A., *DIA e accertamento nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, n. 5/2009.

FORNACIARI M., *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009.

FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, I, 1999.

FRANZONI M., *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in FRANZONI M. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010.

FREGNI G., *I diritti degradati*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010.

FRENI F., DE LUCA F., *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.

GALLO C. E., *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. app.*, 2008.

GALLO C. E., *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, n. 9/2010.

GALLO C. E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, n. 6/2011.

GALLO C. E., *Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, n. 1/2012.

GARGANO G., *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2015.

GAROFOLI R., *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.

GIANNELLI A., *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Foro it.*, I, 2012.

GIARDINO E., *La natura giuridica della Dia e la tutela del terzo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2010.

GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010.

GISONDI R., *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951.

GIUSTINIANI M., RUSCICA S., *Il preavviso di ricorso e gli effetti sul processo degli appalti: un istituto "bello e inutile", ossia quando le buone intenzioni rischiano di fallire nell'applicazione pratica*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/2013.

GOTTI P., *Spunti di riflessione sul rapporto tra azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007.

GRECO G., CHITI M. P. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.

GRECO G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009.

GRECO G., *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

GRILLO E., *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2013.

GUANTARIO A., *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in FOLLIERI E., BARONE A. (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 – 2015)*, Padova, 2015.

GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937.

GUICCIARDI E., *Interesse personale, diretto ed attuale*, in *Giur. it.*, IV, 1961.

INTERLANDI M., *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013.

- ITALIA V. (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Milano, 2010.
- IUDICA G., *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2016.
- LAMBERTI C., *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. mer.*, n. 20/2011.
- LAMBERTI C., *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla D.I.A.*, in *Urb. app.*, n. 10/2011.
- LAMORGESE A., *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, n. 10/2006.
- LA TORRE G., *L'annosa disputa tra Cassazione e Consiglio di Stato in ordine alla pregiudiziale amministrativa e il recente superamento in base al nuovo Codice del Processo amministrativo*, in *Amm. it.* n. 1/2011.
- LENOCI A. E., *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2015.
- LEONE G., MARUOTTI L., SALTELLI C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010.
- LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo amministrativo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010.
- LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012.
- LUISO F. P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2009.
- MACCARI L., *Questioni pregiudiziali e giudizio sull'amministrazione*, in *Nuova rass.*, n. 11/2009.
- MADDALENA M. L., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 12/2007: comportamenti e pregiudizialità amministrativa secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007.
- MADDALENA M. L., *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Corr. mer.*, n. 5/2011.

MAGRI M., *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2014.

MARI G., *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2006.

MARTELLA I., *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016.

MASERA S. R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, n. 8/2011.

MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008.

MENCHINI S., *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000.

MERUSI F., *In viaggio con Laband...*, in *www.giustamm.it*, 2010.

MERUSI F., in *Atti del Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e della Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in *www.giustamm.it*, 2010.

MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011.

MERUSI F., *A volte ritornano... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2012.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950.

MICHELETTI M., *Brevi note sull'irriducibilità ai principi di diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 11/2009.

MIRATE S., *Azione di annullamento e azione di risarcimento del danno: rapporto di pregiudizialità o autonomia?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002.

MOSCARINI L. V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. – TAR*, 2003.

NAPOLI G. E., voce *Decadenza*, in PATTI S. (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, IV, Milano, 2007.

NASSO I., *Nuove riflessioni sulla pronuncia della Consulta in tema di termine decadenziale dell'azione risarcitoria: il Giudice delle Leggi "perde" la possibilità di fare chiarezza sulla natura del relativo termine*, in *www.iluovodirittoamministrativo.it*, 2013.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.

NUNZIATA M., *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

OGGIANU S., *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 e il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

OLIARI S., *"Debito di sangue": danno da emotrasfusione e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2009.

OROFINO A. G., *L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: da giurisprudenza "pietrificata" a dogma in via d'estinzione?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 1999.

PAOLANTONIO N., *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n.3)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

PAGNI I., *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Foro it.*, I, 2009.

PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010.

PAJNO A., *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.* n. 1/2013.

PAPPANO D., *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giur. it.*, n. 2/2012.

PASQUARIELLO A., *Il regime temporale dell'azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a.*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 3/2013.

PATRITO P., *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6/2009.

PATTI S., voce *Prescrizione*, in PATTI S. (a cura di). *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica de Il Sole 24 Ore*, XI, Milano, 2007.

PELLEGRINO G., *Giurisdizione e pregiudizialità: luci ed ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corr. giur.*, 2008.

PELLEGRINO G., *Pregiudiziale e contratto: un nuovo concordato tra SS. UU. e CdS*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2009.

PELLEGRINO G., *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

PELLEGRINO G., *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

PENASA L., *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1/2012.

PIACENTINI P. M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm. – TAR*, n. 10/2011.

PIACENTINI S., *Responsabilità del creditore ed ordinaria diligenza (nota a Cass. Civ., sez. I, 2 dicembre 2011, n. 25854)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2012.

PICOZZA E. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010.

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.

PLAIA A., *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2013.

POLI G., *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del processo amministrativo: brevi osservazioni di costituzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000.

POLICE A., *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in DELLA CANANEA G., DUGATO M. (a cura di), *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2000.

POLICE A., *Le forme della giurisdizione*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013.

PONTE D., *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*, in *Urb. app.*, n. 7/2010.

PRIMERANO G. A., *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel Codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. – CdS*, n. 10/2012.

PROIETTI R., *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*, in *Urb. app.*, n. 11/2011.

PROTTO M., *È crollato il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 1999.

PUGLIATTI S., *Sulla responsabilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ.*, II, 1968.

QUINTO P., *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2011.

RENNA M., *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della “direttiva ricorsi”*, in *www.giustamm.it*, 2010.

RICCIO G. M., *Il G.A. limita l'applicazione della reintegrazione in forma specifica*, in *Urb. app.*, n. 12/2001.

ROMANO S., *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953.

ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, I, 1999.

ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997.

ROMANO TASSONE A., *Morire per la “pregiudiziale amministrativa”?*, in *www.giustamm.it*, 2009.

ROMANO TASSONE A., *Così non serve a niente*, in *www.giustamm.it*, 2010.

ROSSELLO C., *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990.

SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989.

SANDULLI A., *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Foro amm.*, I, 1982.

SANDULLI M. A., *Finalmente «definitiva» certezza sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela»*, in *www.giustamm.it*, 2006.

SANDULLI, M. A., *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in *www.federalismi.it*, 2007.

SANDULLI M. A., *Pregiudiziale amministrativa: la storia infinita continua*, in *www.giustamm.it*, 2010.

SANDULLI M. A., *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell’oca sulla pregiudiziale di annullamento*, in *www.giustamm.it*, 2010.

SANDULLI M. A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *www.federalismi.it*, 2010.

SANDULLI M. A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell’azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 9569, sulla*



giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli), in *www.giustamm.it*, 2011.

SANINO P., *Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda). La disciplina italiana e la natura dell'istituto*, in *www.amministrativamente.com*, 2013.

SATTA S., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, LXI, 1968.

SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971

SCOCA F. G., *Interessi protetti (Dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989.

SCOCA F. G., in NUNZIATA M. (a cura di), *Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani). Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, in *www.giustamm.it*, 2010.

SCOCA F. G., in MURGOLO L., CASOLI L., URBANO G., *Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l'Università degli Studi di Torino*, in *www.giustamm.it*, 2010.

SCOCA F. G., *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011.

SCOCA F. G., *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2011.

SCOCA F. G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, n. 7/2011.

SCOCA F. G., Art. 63, in QUARANTA A., LOPILATO V., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011.

SCOCA F. G., *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012.

SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro it.*, I, 1999.

SEGALEBRA V., *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.

SERGES G., *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, in *Corte Cost.*, n. 3/2012.

SIGNORELLI M., *Il concorso di colpa del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale – Il parte*, in *Resp. civ. prev.* n. 2/2016.

SIMONETTI H., *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità – The parable of compensation for damage to the legitimate interests: from the denial to the marginalization?*, in *Foro amm. – TAR*, n. 2/2013.

- SINISI M., *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in SANDULLI M. A., (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013.
- SORACE D., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi", comparando* in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2007.
- SORICELLI G., *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del processo Amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- SPAVENTI L., *Azione risarcitoria autonoma e concorso di colpa del creditore*, in *Corr. mer.*, n. 11/2012.
- SPEZZATI A., *L'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- SPUNTARELLI S., *Osservazioni sulla coerenza della bozza di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nelle disposizioni di delega*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981.
- SUNKIN M., *Il judicial review e lo sviluppo del diritto pubblico in Inghilterra*, in AA. VV., *Cittadino e potere in Inghilterra. Linee di un dibattito in corso*, Milano, 1999.
- TALLARO F., *Appunti sul venturo codice del processo amministrativo*, in *Giur. Merito*, n. 3/2010.
- TARANTINO L. M., *Unità del diritto e pregiudiziale amministrativa*, in CARINGELLA F., DE MARZO G. (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009.
- TARULLO S., *L'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012.
- TISCINI R., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009.
- TORCHIA L., *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2003.
- TORCHIA L., *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2009.
- TRAVI A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, n. 8/2006.
- TRAVI A., *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, III, 2008.

- TRAVI A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un ‘codice’ del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- TRAVI A., *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, in *Foro it.*, V, 2010.
- TRAVI A., *In tema di risarcimento danni per lesione di interessi legittimi*, in *Foro it.*, IV, 2013.
- TRAVERSO M. C., *Causalità e colpevolezza nel concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova giur. comm.*, 1994.
- TRAVERSO M. C., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.
- TROPEA G., *La traslatio iudicii si “schiude”, ma l’abuso “per omissione” di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2015.
- TULUMELLO G., *Il giudice amministrativo e le categorie del diritto civile (a proposito del risarcimento del danno)* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.
- VACCARELLA R., *I confini della giurisdizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.
- VAIANO D., *L’azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012.
- VARRONE C., *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000.
- VARRONE C., *Commento agli articoli 29-32*, in SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011.
- VERDE G., *Sguardo panoramico al Libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010.
- VILLATA R., *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009.
- VILLATA R., *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009.
- VILLATA R., in MURGOLO L., CASOLI L., URBANO G. (a cura di), *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l’Università degli Studi di Messina*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- VIOLANTE L., *Magistrati*, Torino, 2009.

VIRGA P., *Il nuovo codice del processo amministrativo ed il mito di Crono*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010.

VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1986.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.

VOLPE C., *La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo: in particolare, l'influenza del diritto europeo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013.

WOOLF L. J., *Il più grande risultato delle Corti inglesi* in AA. VV., *Cittadino e potere in Inghilterra. Linee di un dibattito in corso*, Milano, 1999.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.